[نالت هذه الرسالة شهادة العالمية من درجة أستاذ « الدكتوراه » من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بتقدير امتياز مع مرتبة الشرف الأولى وتبادلها مع الجامعات الأجنبية].

تمهيد

أولا — التعريف بالمصلحة :

١ — المصلحة فى اللغة .

٢ — المصلحة فى الشرع .

ثانياً — تقسيمات المصلحة :

١ — من حيث اعتبار الشارع .

٢ — من حيث قوتها فى ذاتها .

٣ — من حيث العموم والخصوص .

٤ — من حيث الثبات والتغير .

أولا : التعريف بالمصلحة

١ — المصلحة فى اللغة :

الذى يؤخذ من تتبع كتب اللغة أن المصلحة تطلق بإطلاقين[1] :

---

(١) انظر فى معنى المصلحة لغة المعاجم الآتية :

١ — جاء فى أقرب الموارد جـ ١ ص ٦٥٦ أن « المصلحة ما يترتب على الفعل ويبعث على الصلاح ، يقال : رأى الإمام المصلحة فى ذلك ، أى هو مما يحمل على الصلاح ، ومنه سمى ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه مصلحة ، والجمع مصالح ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد » .

٢ — وجاء فى القاموس المحيط جـ ١ ص ٢٧٧ « الصلاح ضد الفساد ، وأصلحه ضد أفسده والمصلحة واحدة المصالح ، واستصلح نقيض استفسد » .

٣ — وجاء فى أساس البلاغة جـ ٢ ص ٢٣ «وأمر الله ونهى لاستصلاح العباد ، ورأى الإمام المصلحة فى ذلك ، ونظر فى مصالح المسلمين ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد » .

٤ — وجاء فى تاج العروس شرح القاموس جـ ٢ ص ١٨٣ « الصلاح ضد الفساد ، ورأى الإمام المصلحة فى كذا ، والمصلحة واحدة المصالح أى الصلاح ، ونظر فى مصالح الناس ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد ، واستصلح نقيض استفسد » .

٥ — وفى مختار الصحاح ص ٧٥ « صلح » الصلاح ضد الفساد ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح ضد الاستفساد » .

٦ — وجاء فى المنجد ص ٢٨٦ « صلح ، وصلح صلاحاً...ضد فسد ، زال عنه الفساد ، كان صالحاً ، واستصلح ضد استفسد ، والصالح ضد الفاسد ، والمصلحة ما يبعث على الصلاح ، ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه أو نفع قومه . والجمع المصالح » .

٧ — وجاء فى المصباح المنير جـ ١ ص ١٥٧ « صلح بالضم ضد فسد ، وأصلح أتى بالصلاح ، وهو الخير والصواب ، وفى الأمر مصلحة أى خير ، والجمع مصالح » .

٨ — وجاء فى تاج اللغة للجوهرى جـ ١ ص ١٨٤ « صلح » الصلاح ضد الفساد ، تقول صلح الشىء يصلح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولا...والإصلاح نقيض الإفساد ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح نقيض الاستفساد » .

٩ — وجاء فى المعجم الوسيط جـ ١ ص ٥٢٢ « المصلحة الصلاح والنفع ، وصلح صلاحاً =

الأول : أن المصلحة كالمنفعة لفظاً ومعنى ، فهى على هذا الإطلاق ، إما مصدر بمعنى الصلاح ، كالمنفعة بمعنى النفع ، وإما اسم للواحدة من المصالح ، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع .

الثانى : تطلق المصلحة على الفعل الذى فيه صلاح بمعنى النفع ، مجازاً مرسلا ، من باب إطلاق اسم المسبب على السبب ، فيقال إن التجارة مصلحة ، وطلب العلم مصلحة ، وذلك لأن التجارة وطلب العلم سبب للمنافع المادية والمعنوية .

والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة ، فهما نقيضان لا يجتمعان ، كما أن النفع نقيض الضرر . والمناسبة بين معنى المصلحة لغة ومعناها شرعاً مناسبة واضحة تظهر عند تعريف المصلحة عند أهل الشرع .

أما المنفعة فقد عرفها البعض بأنها اللذة تحصيلا أو إبقاء . والمراد بالتحصيل جلب اللذة ، والمراد بالإبقاء المحافظة عليها[1].

= وصلوحاً زال عنه الفساد . وصلح الشىء كان نافعاً أو مناسباً ، أصلح فى عمله أو أمره أتى بما هو صالح نافع ، وأصلح الشىء أزال فساده ، واستصلح الشىء تهيأ للصلاح » .

١٠ — وراجع لسان العرب جـ ٢ ص ٣٤٨ « والمصلحة الصلاح ، والمصلحة واحدة المصالح » .

١١ — ويقول الطوفى « أما لفظها (أى المصلحة) فهى مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشىء على هيئة كاملة بحسب مايراد ذلك الشىء له ، كالقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة به ، والسيف على هيئته الصالحة للضرب به . شرح الطوفى لحديث لا ضرر ولا ضرار ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢١٠ .

١٢ — ويقول الدكتور مصطفى زيد « أما علماء الصرف والنحو فقد قرروا أن المصلحة مفعلة من الصلاح بمعنى حسن الحال ، وأن صيغة مفعلة هذه تستعمل لمكان ما كثر فيه الشىء المشتقة منه ، فالمصلحة عندهم إذن شىء فيه صلاح قوى » المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٩ .

(١) انظر المحصول للرازى ١٩٤ مخطوط بدار الكتب .

٢ — المصلحة في الشرع :

عرض الأصوليون لتعريف المصلحة في موضعين. أحدهما : عند تعريف المناسب بأنه الوصف الذى يترتب على شرع الحكم عنده مصلحة ، فقالوا إن المراد بالمصلحة هو اللذة أو ما كان وسيلة إليها ، وقد أدخلوا دفع المفسدة في المصلحة ، فتطرقوا إلى تعريف المفسدة بأنها الألم ، وما كان وسيلة إليه ، ثم قسموا كلا من المصلحة والمفسدة إلى نفسى ، وبدنى ، دنيوى ، وأخروى[1]. وهذا التعريف يتفق مع تعريف أهل اللغة ، فهم لم يقصدوا بالمصلحة معنى مغايراً لمعناها لغة ، فقد سبق أن المصلحة لغة تطلق حقيقة على المنفعة ، ومجازاً على السبب المؤدى إلى النفع .

وأما الموضع الثانى فهو عند الكلام على المصلحة كدليل شرعى . وفى هذا الموضع يجد الباحث تعريفات ثلاثة : أولها للغزالى الشافعى ، والثانى الطوفى الحنبلى ، والثالث للخوارزمى .

أولا — أما الغزالى فقد عرف المصلحة بقوله « أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب

---

(١) راجع شرح العضد على مختصر المنتهى ٢ : ٢٣٩ حيث يقول « والمصلحة اللذة ووسيلتها ، والمفسدة الألم ووسيلته ، وكلاهما نفسى وبدنى ، دنيوى وأخروى » انظر أيضاً قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١ : ١٢ حيث يقول « المصالح ضربان : أحدهما حقيقى ، وهو الأفراح واللذات ، والثانى مجازى ، وهو أسبابها . وربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح ، لا لكونها مفاسد ، بل لكونها مؤدية إلى المصالح ، وذلك كقطع الأيدى المتآكلة حفظاً للأرواح ، وكالمخاطرة بالأرواح فى الجهاد ، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد ، بل لكون المصالح هى المقصودة من شرعها ، كقطع السارق ، ... وقتل الجناة ، ورجم الزناة ، وجلدهم وتغريبهم ، وكذلك التعزيرات ، كلها مفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية ، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب » ويقول أيضاً ، السابق ١ : ١٠ : « المصالح أربعة أنواع : اللذات وأسبابها ، والأفراح وأسبابها ، والمفاسد أربعة أنواع : الآلام وأسبابها ، والغموم وأسبابها » .

المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم . لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم . فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعه مصلحة ، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا الجنس »[1] .

والذى يؤخذ من تعريف الغزالى أمور ثلاثة :

١ — أن المصلحة فى الأصل — ويعنى به العرف أو اللغة — جلب النفع ودفع الضرر ، وهذا يتفق مع معنى المصلحة لغة . إذ هى تطلق فى اللغة على جلب المنفعة مجازاً كما تطلق على المنفعة نفسها حقيقة ، ولما كانت المنفعة والمضرة نقيضين ، كان دفع المضرة مصلحة أيضاً .

٢ — أن الغزالى لا يقصد بالمصلحة معناها العرفى ، وإنما يقصد بها جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع ، لا مطلق نفع أو ضرر . ومعنى هذا أن النـــاس قد يعدون الأمر منفعة وهو فى نظر الشارع مفسدة ، وبالعكس ، فليس هناك تلازم بين المصلحة والمفسدة فى عرف الناس ، وفى عرف الشارع ، أو بعبارة أخرى ، فإن المصلحة فى نظره هى المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس ، فإن الأخيرة عند مخالفتها للأولى ليست فى الواقع مصالح ، بل أهواء وشهوات زينتها النفس ، وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح . فقد كان أهل الفترة يرون المصلحة فى وأد البنات ، وحرمان الإناث من الإرث ، وقتل غير القاتل ، وما كانوا يعتقدون أن فى شرب الخمر ولعب الميسر وزواج الأخدان ، ونسبة الولد إلى غير أبيه مفسدة . والقانون الرومانى فى أوج عظمته ، كان

---

(١) المستصفى ١ : ٢٨٦ .

يجيز للدائن أن يسترق مدينه فى الدين ، وإذا كان هناك أكثر من دائن ، ولم يوجد من يرغب فى شراء المدين ، فإن القانون أعطى للدائنين حق اقتسام جثة المدين . وما كان أحد فى روما يرى أن فى هذا الحكم مفسدة حتى جاء الإسلام بمبدئه العادل : « فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم » .

والقانون الإنجليزى ظل قرابة عشرة قرون يرى أن المصلحة فى حرمان الإناث من الميراث ، واستقلال الابن الأكبر بالتركة ، وأن الميراث كحجر إذا ألقى ينزل إلى أسفل ولا يصعد إلى أعلى ، ومن ثم فما كانوا يتصورون أن الأصول يأخذون نصيباً من الميراث[1] . ولا زال القانون الأمريكى يرى المصلحة فى إطلاق حرية الموصى ولو أدى ذلك إلى أن يوصى الشخص بكل ثروته إلى خليلته تاركا ورثته عالة يتكففون الناس. ولقد بدأ رجال الفقه والقضاء وعامة الشعب يحسون الخطورة والمفاسد التى تترتب على ترك هذه الحرية دون قيود[2]. وآخر مثل لعرض الأهواء

---

(١) وأخيراً وبعد أربعة عشر قرناً ، أخذ الإنجليز بمبادىء الشريعة الإسلامية ، فأشركوا الإناث فى الإرث ، وورثوا الابن الأصغر ، وأصول الميت ، وآخر قانون قرر هذا كان فى سنة ١٩٢٥ ، وكان الحال كذلك فى معظم الولايات الأمريكية ثم عدلت عنه ، وهذا يدلنا على عظم الثروة التى بأيدينا ، وأن المصلحة فيما جاء به التشريع الإسلامى ، وإن بدا لبعض ضعاف الإيمان أن المصلحة فى التخلى عنه إلى غيره . راجع فى ذلك بحثاً لنا مقدماً إلى جامعة نيويورك ، معهد القانون المقارن عنوانه : « الورثة فى الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزى » ، حيث أثبتنا أن القانون الإنجليزى وصل فى آخر تطوره وبعد أربعة عشر قرناً إلى ما بدأ به الإسلام . مجلة القانون والاقتصاد العدد ٢ س ٣٦ .

(٢) انظر رسالة تقدمت بها إلى جامعة نيويورك، معهد القانون المقارن عنوانها : « القيود على حرية الإيصاء فى الفقه الإسلامى والقانونين الأمريكى والإنجليزى » . وقد كانت هذه الرسالة بمثابة اقتراحات مقدمة لرجال القانون لتكون موضع اعتبار عند النظر فى تعديل قانون الوصية فى أمريكا ، وذلك على أساس أن الاتجاه هناك إلى فرض قيود على هذه الحرية لمصلحة الورثة وحفظاً على الآداب العامة ، والشريعة الإسلامية قيدت حرية الموصى بما فيه مصلحة الورثة . واشترطت أن لا يكون الباعث على عمل الوصية غير مشروع ، ولامخالفاً للآداب . مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ س ٣٦ .

والشهوات فى ثوب المصالح القانون الذى أقره مجلس العموم واللوردات الإنجليزى ، وهو يجعل اللواط عملا مشروعاً لا ضرر فيه على الفرد ولا على الجماعة(١).

من أجل هذا حرص الغزالى رحمه الله على التفرقة بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع ، وقرر أن المحافظة على الثانية ، وإن خالفت الأولى ، هى المصلحة الشرعية .

٣ ـ قرر الغزالى أن المصلحة بهذا التعريف ترادف المعنى المناسب أو المخيل فى باب القياس ، فقال: « وإذا أطلقنا المعنى المناسب أو المخيل فى باب القياس أردنا به هذا الجنس » ومعنى هذا أن رجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية فى الجملة شرط أساسى فى اعتبارها مصلحة ، أو فى اعتبار الوصف الذى يرتب الحكم عليه وصفاً مناسباً ، وبعد ذلك يبقى النظر فى اعتبار الشارع وعدم اعتباره ، ونوع هذا الاعتبار للمصلحة أو الوصف المناسب ، إذ مجرد حكم العقل برجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية فى الجملة ليس ضابطاً كافياً فى التعرف على المصالح الشرعية . فقد يلغى الشرع هذا الوصف أو المصلحة بنص خاص ، وإذا لم تكن ملغاة فقد يعتبر الشارع نوع المصلحة فيكون إثبات الحكم بها من باب القياس الذى هو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ، وقد يكون اعتبار الشارع لجنس هذه المصلحة ، فتدخل تحت باب الاستدلال المرسل ، وقد يسكت الشرع عن المصلحة ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع ، فتكون مصلحة غريبة ، لا يجوز التشريع بناء عليها ، لأنها عندئذ ترادف الهوى والتشهى . وهكذا نجد الغزالى رحمه الله

---

(١) راجع الأهرام السنة ٩٢ العدد ٢٨٩١٨ فى ١٢ فبراير ١٩٦٦ ، فقد جاء فيه مايلى: « وافق مجلس العموم البريطانى أمس على قانون باعتبار الشذوذ الجنسى عملا مشروعاً بين البالغين ، وقد تمت الموافقة بأغلبية ١٦٤ صوتاً ضد ١٠٧ أصوات ، وقد استقبل الجالسون فى شرفة الزوار الموافقة بالتصفيق » .

شديد الحذر فى فتح باب المصالح ، فهو يشترط المناسبة العامة ، ويعنى بها دخول المصلحة تحت المقاصد الشرعية ، ثم يشترط شروطاً أخرى زيادة على هذا الشرط فى المصلحة التى يجور الحكم بمجردها ، كما سنرى فيما بعد .

ثانياً — أما الطوفى فقد عرف المصلحة فقال « وأما حدها بحسب العرف : فهى السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هى تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين ، وانتظام أحوالهم كالعادات(١) .

والذى يؤخذ من تعريف الطوفى للمصلحة ما يأتى :

١ — أن المصلحة عند أهل العرف تطلق على كل سبب يؤدى إلى النفع ، وهذا هو المعنى اللغوى للمصلحة كما سبق ، وهو الإطلاق المجازى للمصلحة . وقد رأينا الغزالى يعرف المصلحة فى الأصل بهذا التعريف . والفرق أن الغزالى عبر بجلب النفع ، والطوفى بالسبب المؤدى إلى النفع ، إلا أن الجلب للنفع سبب أيضاً فتوافق التعريفان عرفاً .

٢ — أن الطوفى يفرق بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع كما فعل الغزالى تماماً . فهو يقول إن المصلحة هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع ، أى إلى نفع مقصود للشارع . وليس إلى مطلق نفع فى عرف الناس ، فالقصاص مصلحة فى نظر الطوفى لأنه سبب إلى حقن الدماء وهو نفع مقصود للشارع ، ورجم الزانى مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل وهو نفع مقصود للشارع . ولقد سبق أن رأينا الغزالى يصرح بأن كل ما تضمن حفظ أحد الأصول الخمسة فهو مصلحة ، فيكون القصاص مصلحة لأنه يتضمن حفظ النفس ، وهو أحد الأصول أو المقاصد الخمسة .

---

(١) رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢١١ .

٣ — هناك فرق فى غاية الأهمية بين الغزالى والطوفى فيما يتعلق بالمصلحة كدليل شرعى ، وقد أغفل هذا الفرق كثير ممن كتبوا فى المصلحة فوقعوا فى كثير من الأخطاء فى حكاية مذهب الطوفى فى المصلحة والمقارنة بينه وبين غيره من القائلين بهذا الأصل . فلقد سبق أن رأينا أن الغزالى يذكر هذا التعريف على أنه تعريف للمصلحة بمعنى المناسب أو المخيل ، وليس بمعنى الدليل الشرعى، إذ أنه قسم المصلحة بعد ذلك أقساماً . واشترط فيها شروطاً حتى تصلح دليلا على الأحكام ، فقال إن المصلحة بهذا المعنى تنقسم بحسب اعتبار الشارع إلى الملغاة ، والمعتبرة ، والمرسلة ، وهذه الأخيرة قسمان ، ملائمة ، وغريبة ، أما المصلحة الملغاة والغريبة فليست بحجة عنده قطعاً ، وأما المعتبرة فهى داخلة فى باب القياس الذى يشهد له الأصل المعين ، وأما الملائمة فهى التى يأخذ بها دون شهادة الأصل المعين لنوعها ، ما دامت النصوص قد شهدت لها بالملاءمة لجنس تصرفات الشرع بل إنه لم يأخذ بكل مصلحة ملائمة ، فقد أخذ بالمصالح الضرورية وما جرى مجرى الضرورى ، ووافقه المالكية على ذلك كله إلا أنهم أطلقوا القول بالمصالح الملائمة فى الضرورات والحاجات .

أما الطوفى فإنه يعرف المصلحة التى يحتج بها كدليل شرعى بهذا التعريف ، ولا يقسمها بعد ذلك بحسب اعتبار الشارع ، ولا بحسب قوتها فى ذاتها ، ولا بحسب الملاءمة وغيرها ، ولا يشترط فى المصلحة أى شرط زائد على رجوعها إلى المقاصد الشرعية العامة ، بل إنه يحكم على كل هذه التقسيمات بالتكلف والتعسف ، ويرى أن الطريق إلى معرفة المصالح والمفاسد أيسر من هذا التعقيد[1]. وبذلك يكون الضابط للمصلحة كدليل شرعى

---

(١) يقول الطوفى : « اعلم أن هؤلاء الذين قسموا المصلحة إلى معتبرة وملغاة ومرسلة ، ضرورية ، وغير ضرورية تعسفوا وتكلفوا . إذ الطريق إلى معرفة حكم المصالح أعم من هذا وأقرب، وذلك بأن نقول : قد ثبت مراعاة الشارع المصلحة والمفسدة إجماعاً ، وحينئذ نقول: =

عند الطوفى هو رجوعها إلى المقاصد الشرعية ، فى حين أن المالكية وغيرهم يشترطون فى المصلحة شروطاً فوق ذلك ، كما سنرى ذلك مفصلا فيما بعد :

والنقطة الهامة التى يجب التنبيه عليها فى هذا المقام هو أن الطوفى يعرف المصلحة كدليل شرعى ، فى حين أن الغزالى يعرف مطلق المصلحة الشرعية ، ثم يشترط فيها شروطاً بعد ذلك حتى يجوز الاعتماد عليها بمفردها كدليل شرعى على حكم الوقائع غير المنصوص عليها .

ثالثاً — وأما الخوارزمى فقد عرف المصلحة فقال : « والمراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق »[1].

وهذا التعريف لا يختلف عن التعريفين السابقين إلا فى حصر مقاصد الشرع فى دفع المفاسد عن الخلق ، فى حين أن الغزالى والطوفى أطلقا المقاصد الشرعية ، ولم يقيدا ذلك بدفع المفاسد فقط ، بل إن الغزالى قد صرح بأن مقصود الشارع جلب المصالح ودفع المفاسد فقال : « كل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول

= الفعل إن تضمن مصلحة مجردة حصلناها ، وإن تضمن مفسدة مجردة نفيناها وإن تضمن مصلحة من وجه ، ومفسدة من وجه ، فإن استوى فى نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفنا على المرجح أو خيرنا بينهما ، كما قيل فيمن لم يجد من السترة إلا ما يكفى أحد فرجيه فقط . . . وإن لم يستو ذلك ، بل ترجح إما تحصيل المصلحة وإما دفع المفسدة ، فعلناه ، لأن العمل بالراجح متعين شرعاً . وعلى هذه القاعدة يتخرج كل ما ذكروه فى تفصيلهم المصلحة . أما المعتبرة شرعاً كالقياس ، فمصلحته ظاهرة ، مجردة أو راجحة ، وأما الملغاة كمنع زراعة العنب ، والشركة فى سكنى الدار ، فلأن المصلحة والمفسدة تعارضتا فيها ، لكن مصلحتها ضعيفة ، ومفسدتها عظيمة ، فكان نفيها أرجح ، لما يلزم من منع النفع المحقق من زراعة العنب ، والارتفاق المحقق بالشركة فى السكنى ، لأجل مفسدة موهومة . وهى اعتصار الخمر ، وحصول الزنا ، ولو سلم أن المفسدة مظنونة لكنها غير قاطعة ، والمصلحة التى تقابلها قاطعة ، فكان تحصيلها بالتزام المفسدة المظنونة أولى من العكس » ج ١ ص ٤١٦ من نزهة الخاطر العاطر ، للشيخ ابن بدران الدمشقى . نقله صاحب رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٣٨ .

(١) نقله عنه الشوكانى فى إرشاد الفحول ص ٢٤٢ .

فهو مفسدة ، ودفعه مصلحة . ولكن إذا عرفنا أن المصلحة والمفسدة نقيضان ، سهل الخطب ، ذلك أن دفع المفاسد عن الخلق يستلزم جلب المصالح لهم ، وبذلك يكون الخوارزمى متفقاً مع الغزالى والطوفى فى تعريف المصلحة .

هذه تعريفات المصلحة عند كتاب الأصول القدماء . أما الكتاب المحدثون فبعضهم يكتفى بأن يؤكد أن المصلحة من الظهور والوضوح بحيث لا تحتاج إلى تعريف(١) . والبعض الآخر يسرد تعريفات الغزالى والطوفى وابن عبد السلام والخوارزمى للمصلحة ، وبعض هذه التعريفات تعريفات لها فى اللغة ، والأخرى فى الشرع ، ثم يقول إن المصلحة تطلق بإطلاقين فى اصطلاح الأصوليين ، ثم يذكر المعنى اللغوى لها الحقيقى والمجازى ، مع أنه قد سبق لنا أن عرفنا أن الغزالى ، والطوفى ، والخوارزمى جعلوا للمصلحة معنى فى الشرع يخالف معناها اللغوى أعنى النفع ووسيلته(٢) .

وأخيراً ، فإن صاحب رسالة ضوابط المصلحة عرف المصلحة التى جعل موضوع رسالته وضع الضوابط لها بما عرفها به الطوفى فقال : « المصلحة فيما اصطلح عليه علماء الشريعة يمكن أن تعرف بما يلى : هى المنفعة التى قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ، ونسلهم ،

(١) انظر رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٩ حيث يقول المؤلف بعد تأكيد أن المصلحة فى غاية الوضوح : « لن أحاول إذن أن أحد المصلحة بالجنس والفصل لأقول هذه هى المصلحة » .

(٢) انظر رسالة تعليل الأحكام فقد قال المؤلف بعد سرد تعريفات الغزالى والطوفى ، والخوارزمى ، وابن عبد السلام : « فهذه العبارات وغيرها ، تفيد أن المصلحة فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق بإطلاقين : الأول مجازى ، وهو السبب الموصل للنفع ، والثانى حقيقى ، وهو نفس المسبب الذى يترتب على الفعل من خير ومنفعة ، ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة » ص ٢٧٩ .

وأموالهم ، طبق ترتيب معين فيما بينها . والمنفعة هى اللذة ، أوما كان وسيلة إليها ، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه»[١] . فالمصلحة فى نظره تصلح حجة فى التشريع إذا توافر بالنسبة لها المناسبة العامة ، أى الدخول تحت المقاصد الشرعية الكلية ، ولم يشترط فيها الملاءمة لجنس تصرفات الشارع ، مكتفياً بالضوابط العامة التى وضعها للمصلحة . وقد حصر هذه الضوابط فى عدم مخالفة هذه المصلحة لنص فى الكتاب أو السنة . وأن تكون داخلة تحت المقاصد الشرعية العامة ، وهذا الضابط تحقيق لتعريف المصلحة الذى ذكره ، أو شرح وبيان له . وأخيراً فقد شرط عدم مخالفة هذه المصلحة للقياس أو لمصلحة أهم منها ، ولا شك أن عدم مخالفة المصلحة للنص ، يخرج المصالح الملغاة ، ودخول المصلحة تحت المقاصد العامة هو كما قلنا شرح لتعريف المصلحة بالمعنى العام المرادف للمعنى المناسب أو المخيل ، كما ذكر الغزالى والطوفى . وأما عدم مخالفة المصلحة للقياس أومصلحة أرجح منها ، فهو يدخل تحت الجمع بين المصالح المتعارضة ، ويبقى أن صاحب رسالة الضوابط لم يشترط فى المصلحة الملاءمة لجنس تصرفات الشارع ملاءمة أخص من مطلق المناسبة العامة ، ونعنى بذلك دخول المصلحة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين ، أو رجوع المصلحة إلى أصل شرعى مأخوذ بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة كما عبر عنه الشاطبى المالكى وقال إن هذا هو المعنى بالمصالح التى يحتج بها المالكية .

والفرق بين صاحب رسالة ضوابط المصلحة والطوفى ليس فى تعريف المصلحة التى تصلح دليلا فى الأحكام ، فكل منهما يرى أن المصلحة هى النفع الذى يقصده الشارع الحكيم لعباده ، أى دخول المصلحة الجزئية فى الواقعة المعروضة تحت المقاصد العامة للشارع ، أى المقاصد الخمسة الكلية ، وإنما

---

(١) راجع : ضوابط المصلحة ص ٢ .

الفرق فى أن الطوفى يرى أن هذه المصلحة تقدم على النص والإجماع بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما ، والتعطيل لهما ، وصاحب رسالة ضوابط المصلحة لا يرى أن المصلحة المرسلة بهذا المعنى حجة إذا عارضت نصاً من كتاب أو سنة أو قياساً يعتمد على الأصل المعين .

أما نحن فإننا نخالف الاثنين معاً ، ذلك أن المصلحة التى تصلح دليلا فى نظرنا هى المصلحة الملائمة لجنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، وليست هى المصلحة الغريبة التى سكتت عنها الشواهد الشرعية . ولما كانت هذه المصلحة راجعة إلى نصوص شرعية تشهد لجنسها ، فإنها تدخل تحت القياس بمعناه الواسع أو هى نوع منه يطلق عليه قياس المصالح أو المعانى ، كما عبر عنه الغزالى وإمام الحرمين فإنها وإن لم تصلح دليلا فى مقابلة النص الخاص الذى يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، فإنها تصلح بياناً وتفسيراً للعمومات والظواهر ، والمفسر فى الحقيقة هو مجموع النصوص الشرعية الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، أما المصلحة الغريبة فى نظرنا فهى لا تصلح دليلا شرعياً ، فضلا عن معارضتها للنص أو الظاهر .

ثانياً : تقسيمات المصلحة

قسم الأصوليون المصلحة تقسيمات عدة ، ورتبوا على هذه التقسيمات بعض النتائج الهامة ، ونحن نعرض لكل تقسيم من هذه التقسيمات ، ثم نبين على وجه الإجمال أهمية التقسيم والنتائج التى رتبها كتاب الأصول عليه.

التقسيم الأول : أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع .

هذا هو أهم تقسيمات المصلحة الشرعية ، ولقد سلك كتاب الأصول فى هذا التقسيم طرقاً عديدة ، وسوف أعرض كل طريقة من هذه الطرق مع بيان أوجه الخلاف بينها ، والنتائج المترتبة على هذا الخلاف .

الطريقة الأولى :

يقسم أصحاب هذه الطريقة المصلحة من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار أقساماً ثلاثة :

<u>الأول</u> : مصلحة شهد الشرع لاعتبارها . ويفسرون هذه الشهادة ، بوجود الأصل الذى يشهد لنوع المصلحة أو لجنسها ، فتضمين السارق قيمة المسروق وإن أقيم عليه الحد زجراً له عن العدوان ، مصلحة معتبرة ، لأن الشارع قد شهد لنوعها ، وذلك بحكمه بالضمان على الغاصب لتعديه . وإعطاء الشارب حكم القاذف إقامة لمظنة القذف وهو الشرب مقام القذف ، مصلحة شهد الشرع لاعتبارها ، وذلك لوجود الأصل الذى يشهد لجنس هذه المصلحة ، ذلك الأصل هو إقامة الخلوة مقام الزنا فى الحرمة ، وهذا يتضمن مطلق إقامة المظنة مقام المظنون .

وهذه المصلحة تدخل عند هذا الفريق فى باب القياس ، أو هى القياس

نفسه ، وذلك لأن الشرط عندهم فى القياس أن يوجد الأصل الذى يعتبر الشارع فيه عين المصلحة أو جنسها .

الثانى : مصلحة شهد الشرع لبطلانها . ويفسرون شهادة الشرع للمصلحة بالبطلان بوجود نص يدل على حكم فى الواقعة يناقض الحكم الذى تمليه المصلحة . ومثلوا لذلك بفتوى أحد الفقهاء لملك جامع فى رمضان بالصوم بدلا من العتق مع أنه وجد للرقبة ، وذلك للمصلحة . ووجه المصلحة أن الملك لا ينزجر عن انتهاك حرمة الصوم بعتق الرقبة ، لأنه واجد للرقبة ، وإنما يزجره الصوم ، والكفارة شرعت للزجر . وأما أن هذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، فذلك لوجود النص الذى يجعل الكفارة لمن واقع فى رمضان هى عتق الرقبة لواجدها . وبذلك تكون المصلحة قد أوجبت فى هذه الواقعة حكما يناقض الحكم الذى يدل عليه النص

ويمكن التمثيل لذلك بالقول بأن البنت تساوى الابن فى الميراث ، بدعوى أن المصلحة تقضى بذلك ، لتساويهما فى درجة القرابة من المورث ، ولأن البنت أصبحت تشارك زوجها فى أعباء الحياة ، فساوت الابن من هذه الجهة . وهذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، وذلك لوجود النص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين .

وكذلك القول بإعطاء الزوجة حق إنهاء الزواج مساواة لها بالزوج ، وذلك بحجة أن الزوجة طرف فى العقد ، وحقوق العقد تعود على عاقديه دون تفرقة فهذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، وذلك لوجود النص الذى يقضى بأن الطلاق لمن أخذ بالساق .

ولكن ما المراد بالنص الذى يعتبر وجوده فى مقابلة المصلحة شهادة من الشرع لها بالبطلان ؟ أهو النص الخاص الذى يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، أم ذلك يشمل العمومات والظواهر ؟ وبعبارة أخرى ، هل

المقصود بالنص معناه الفنى الضيق وهو مالا يحتمل التأويل ، وهو ما يقابل الظاهر الذى يحتمل التأويل فيدخله التخصيص ، والتقييد ، والبيان ؟ ، أم المقصود به ما هو أعم من ذلك ، بحيث يدخل تحته النص والظاهر ؟ ويكون المراد به الخبر كتاباً كان أو سنة ، فتكون المصلحة باطلة فى مقابلة العمومات والظواهر التى تحتمل التأويل والتخصيص والبيان ؟

وسنرى أن الإجابة على هذا السؤال تشكل أهم جانب فى نظرية المصلحة وهو ما نبحثه عند الكلام على علاقة المصلحة بالنصوص فى أثناء عرض كل مذهب من المذاهب المختلفة فى المصلحة .

الثالث : مصلحة لم يشهد الشرع لا لبطلانها ، ولا لاعتبارها ، ومعنى ذلك أنه ليس هناك نص يشهد بالاعتبار لنوع هذه المصلحة ولا لجنسها ، كما أنه لا يوجد نص يشهد لها بالبطلان . وليس من اليسير التمثيل لهذا النوع من المصالح بأمثلة واقعة ، ذلك أن كل المصالح التى قال بها الأئمة مصالح مشهود لجنسها بالاعتبار ، بل إن الغزالى أنكر وجود هذا النوع من المصالح ، على أساس أنه لا يتصور أن توجد واقعة مسكوت عنها فى الشرع لأن هذا يتضمن أن الله قد ترك الناس سدى ، وأن الدين لم يكمل ، والنعمة لم تتم ، وهذا خلاف ما أخبر به الشارع سبحانه وتعالى .

على أن الشاطبي قد مثل له بمثال فرضى ، هو القول بحرمان القاتل من الميراث معاملة له بنقيض المقصود ، إذا فرض أنه لم يوجد نص شرعى يقضى بهذا المنع . على أن هذا المثال أيضاً ليس مثالا لمصلحة مسكوت عنها ، فإن المعاملة بنقيض المقصود أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة ، فالتفريع عليه عمل بمصلحة تلائم جنس تصرفات الشارع ، كما سنرى ذلك فيما بعد .

وقد أخطأ من نسبوا إلى بعض الأئمة القول بهذا النوع من المصالح ، فسوف نرى أن أحداً من هؤلاء الأئمة لم يقل بهذا النوع من المصلحة قط ،

وإنما أخذوا بالمصالح التى التفت الشارع إلى جنسها ، وراعاها فى التفريع ، وتشريع الأحكام .

وهذه الطريقة قد سار عليها جمهور الأصوليين ، وقد خالف فيها الغزالى وبعض الأحناف ، كما سنرى فى شرح الطريقة الثانية . وقد تبين لك من هذه الطريقة أن المصلحة المرسلة عند هذا الفريق هى القسم الثالث . الذى لم يشهد الشرع له بالاعتبار ولا بالبطلان ، وقد نسبوا القول بها إلى بعض الأئمة وقد قلنا إن هذه نسبة خاطئة لا تتفق مع ما نقل عن الأئمة أنفسهم ، وما روى عنهم أتباعهم من الفتاوى التى كان سند القول فيها هو المصلحة المرسلة .

الطريقة الثانية :

صاحب هذه الطريقة هو الغزالى رضى الله عنه . فقد قسم المصلحة أقساماً أربعة :

الأول : مصلحة اعتبر الشارع نوعها ، وهى راجعة عنده إلى باب القياس الذى هو اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع . وهو يعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هو الموجبة فى محل النص .

الثانى : مصلحة اعتبر الشارع جنسها ، ويسميها كثيراً مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع . وقد مثل لها بفتوى الصحابة بإعطاء الشارب عقوبة القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف ، وقد أقام الشارع مظنة الشىء مقام نفس الشىء فى أحكام كثيرة . وقد ذكر لهذا النوع من المصالح أمثلة كثيرة ، سوف نذكرها عند الحديث على نظرية المصلحة عنده .

الثالث : مصلحة تناقض نصاً شرعياً . ويطلق عليها أحياناً المصلحة

الباطلة أو الملغاة . ويعرفها بأنها ما صادمت فى محل نصاً للشرع ، بحيث يتضمن اتباعها تغيير الشرع . وسوف نبين قصد الغزالى من النص فى هذا الخصوص .

الرابع : المصلحة المسكوت عنها فى الشرع ، ويسميها أحياناً المصلحة الغريبة، ويعرفها بأنها المصلحة التى سكتت شواهد الشرع ونصوصه عنها ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع[١] .

والذى يدخل عند الغزالى فى المصلحة المرسلة هو القسم الثانى ، أعنى المصلحة التى اعتبر الشارع جنسها ، أما المصلحة الغريبة ، والملغاة ، فهما مردودتان عنده قطعاً ، بل إنه يحكى إجماع أهل العلم على ردهما[٢] . أما المصلحة التى شهد الشرع لنوعها ، ويعبر عنها أحياناً بالمصلحة التى يشهد لها النص المعين ، فهى داخلة عنده فى باب القياس ، بل إنها هى النوع الوحيد فى القياس ، إذ المصلحة التى شهد الشرع لجنسها لا تدخل عنده فى باب القياس بل هى المصلحة المرسلة كما سبق .

مقارنة بين هاتين الطريقتين :

وبالمقارنة بين طريقة الغزالى وطريقة الجمهور يتبين لنا النتائج الهامة الآتية :

---

(١) انظر : شفاء العليل فى مسالك التعليل ص ١٨٢ حيث يقسم الغزالى المصلحة التى لا يشهد لها النص المعين فيقول : « هى تنقسم إلى ما يلفى فى الشرع ملاحظة جنسها فهو المعتبر ، وإلى ما يصادم فى محل نصاً للشرع فيتضمن اتباعه تغيير الشرع فهو باطل عندنا ، وإلى ما سكتت شواهد الشرع عنه ونصوصه ، فلا يناقضه نص ، ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التى يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لا عهد لمثله فى الشرع ، هذا هو انقسامها من حيث الإضافة إلى شواهد الشرع » .

(٢) انظر المستصفى ٢ : ٣٠٦ حيث يقول عند بيان أقسام المناسب من حيث الملاءمة وشهادة الأصل المعين « ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائسين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، ومثاله حرمان القاتل من الميراث لو لم يرد فيه نص . . وملائم لا يشهد له أصل معين ، وهو الاستدلال المرسل ، وهو .. فى محل الاجتهاد » .

النتيجة الأولى : أن القياس عند الغزالى هو تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هى الموجبة فى محل النص ، ومعنى هذا أن القياس عنده قاصر على المصلحة التى شهد النص لعينها ، أما المصلحة التى شهد النص لجنسها ، فلا تدخل عنده فى باب القياس ، بل فى باب الاستدلال المرسل . فى حين أن القياس عند الجمهور هو تعدية حكم الأصل أو حكم من جنسه إلى الفرع ، لاشتراك الفرع مع هذا الأصل فى عين العلة أو فى جنسها ، وعلى ذلك فالقياس يشمل نوعين من المصالح : المصالح التى تشهد النصوص لنوعها ، والمصالح التى تشهد النصوص لجنسها .

النتيجة الثانية : أن المصلحة المرسلة عند الغزالى هى المصلحة التى يشهد النص لجنسها فقط ، أما المصالح الغريبة التى لا تلائم جنس تصرفات الشرع فهى مصالح مردودة عنده . وقد حكى اتفاق القائسين على رفضها ، فى حين أن جمهور الأصوليين ، يطلقون عبارة المصلحة المرسلة على المصالح الغريبة التى لا يشهد الشرع لجنسها ، ثم يحكون خلاف الأئمة ومذاهبهم فى هذا النوع من المصالح . بل إنهم يذكرون مذهب الغزالى نفسه بين القائلين بهذا النوع من المصالح ، مع تصريح الغزالى برفضه للمصالح التى لا يشهد الشرع لجنسها ، بل ومع ما يظهر من اشتراطه فى المصلحة التى يقول بها من الشروط التى لا يمكن معها أن تبقى المصلحة غريبة غير مشهود لجنسها بالاعتبار .

النتيجة الثالثة : وقد نتج عن هذا الخلاف فى تحديد المقصود بالمصالح المرسلة أن بعض الشيوخ من المالكية ينفى عن مالك القول باعتبار المصالح حجة ، مع اشتهار القول بالمصالح عنه ، والواقع أن المصالح التى اشتهر مالك بالقول بها هى المصالح الملائمة ، ومن نفى عنه القول بالمصالح نفى عنه القول بالمصالح الغريبة التى لا يشهد الشرع لجنسها ، وهذا ما حدث بالنسبة لبقية الأئمة ، فترى بعض الأصوليين ينسبون العمل بالمصالح لإمام من

الأئمة ، بينما ينفى عنه البعض الآخر العمل بالمصالح ، ومورد النفى غير مورد الإثبات ، فمن أثبت يقصد المصالح الملائمة ، ومن نفى إنما ينفى المصالح الغريبة التى لا تدخل تحت جنس شهدت له النصوص فى الجملة بالاعتبار .

الطريقة الثالثة :

وهناك طريقة ثالثة قال بها بعض الفضلاء الذين كتبوا فى المصلحة حديثاً . ومقتضى هذه الطريقة أن المصلحة إما أن تكون منصوصاً أو مجمعاً عليها بخصوصها أو لا . والثانية ، إما أن تكون معارضة لنص أو إجماع أو لا . والأولى تسمى مصلحة معتبرة ، والثالثة تسمى مرسلة ، والثانية لا تسمى بهذا ولا ذاك ، بل تسمى معارضة لدليل شرعى آخر ، وأما إلغاؤها أو عدم إلغائها فشىء آخر يختلف باختلاف المذاهب ، أو باختلاف نوع الدليل المقابل لها .

والذى دعا هذا الفاضل إلى رفض التقسيم الذى ارتضاه جمهور الأصوليين أنه يرى أن المصلحة دليل شرعى كبقية الأدلة ، وأن مجرد معارضة هذا الدليل لنص أو إجماع لا يلغيه بل تجرى بينه وبين بقية الأدلة قواعد الجمع والترجيح[١] .

والواقع أن تقسيم الأصوليين تقسيم سليم ، ذلك أن المالكية والغزالى الذين قرروا أن المصلحة التى تناقض النص مصلحة ملغاة ، قصدوا بالنص معناه الخاص وهو ما لا يحتمل التأويل ، ولا توجد مصلحة أخذ بها إمام من الأئمة على خلاف نص خاص . وما ظنه ذلك الفاضل نصوصاً هو فى الواقع ظواهر وعمومات دلالتها على حكم الواقعة المعروضة دلالة ضعيفة . ولذلك رأينا الغزالى يعبر عن المصلحة الملغاة بقوله إنها المصلحة التى

---

(١) انظر رسالة تعليل الأحكام لفضيلة الأستاذ الشيخ مصطفى شلبى ص ٢٨٢ . فقد اقترح هذا التقسيم ودافع عنه واستدل عليه ببعض الفروع التى كانت المصلحة فيها معارضة للنص أو الإجماع .

صادمت فى محل نصاً للشرع يتضمن اتباعها تغيير الشرع ، مع قوله بأن المصلحة تقضى بقتل الترس المسلم إذا كان عدم قتله يؤدى إلى هزيمة الأمة وتسلط الكفار عليها ، ويخص عموم قوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » بهذه المصلحة ، ومعنى هذا أن المصلحة فى قتل الترس ليست ملغاة ، لأن المعارض لها ليس نصاً خاصاً ، أى يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، وإنما هو عموم ظاهر يحتمل التأويل والتفسير فكانت المصلحة الملائمة مفسراً ومخصصاً له . لأنها مصلحة يشهد النص لجنسها ، فالنص هو المخصص فى الواقع ونفس الأمر .

الطريقة الرابعة :

وهناك فقيه آخر قد شذ عن الجماعة ، فلم ير داعياً لتقسيم المصلحة من حيث الاعتبار والإلغاء إلى المصلحة المعتبرة والملغاة والمرسلة ، بل إن المصلحة إن عارضت نصاً خاصاً لم تعتبر ، وإن عارضت عموماً أو إطلاقاً وجب الجمع بينها وبين هذا العموم ، بأن تقدم المصلحة على هذا العموم بطريق التخصيص والبيان لا بطريق التعطيل والافتئات . وذلك هو الطوفى الحنبلى ، فلقد وضع طريقة فى العمل بالمصالح زعم أنه خالف بها كل من سبقه ، وذلك عند شرحه لحديث : لا ضرر ولا ضرار . فقال إن هذا الحديث يقتضى نفى الضرر والمفاسد شرعاً إلا ما استثنى بنص خاص مخصص ، وإذا ثبت انتفاء الضرر لزم منه تحصيل المصلحة إذ هما نقيضان لا يجتمعان . وخرج من ذلك بأن المصلحة تقدم على العمومات والظواهر ، دون النصوص الخاصة القواطع وسوف نعرض لمذهب الطوفى بالتفصيل عند الحديث على نظرية المصلحة عند الحنابلة ، وسنرى أنها مزيج من المصالح المرسلة وقاعدة سد الذرائع ، وأنه لم يأت بشىء جديد كما يزعم ، لأن المصلحة التى عارضت النص الخاص هى المصلحة الملغاة عند الجمهور ، والمعتبرة هى القياس ، ولم يبق إلا المصلحة المرسلة ، إلا أن هناك بعض

الغموض والقصور فى نظريته فيما يتعلق بشرط الملاءمة ، فإنه إذا فسر كلامه بأنه يقصد المصلحة الغريبة انهارت نظريته من أساسها ، لأن مثل هذه المصلحة ليست بحجة قطعاً ، لأنها لا يشهد لها أصل شرعى بالاعتبار ، فضلا عن أن تعارض العمومات والظواهر ، وتقدم عليها بطريق التخصيص والبيان . وأما إذا فسر كلامه بأنه يقصد المصالح الملائمة التى تشهد النصوص لجنسها ، فإن المخصص لهذه الظواهر والعمومات سيكون النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار وليس المصلحة المجردة .

أهمية هذا التقسيم :

ولقد ظهرت أهمية هذا التقسيم واضحة مما سبق ، فإنه الأساس للتفرقة بين المصالح التى يجوز القول بها ، والتفريع على أساسها ، وتلك التى لا يجوز التعويل عليها . ويمكن تلخيص هذه الأهمية فى القول بأن المصالح التى يجوز للفقيه أن يحتج بها هى المصالح التى شهدت النصوص لنوعها أو جنسها ، أما تلك التى تناقض النص ، والتى لا يلفى فى الشرع اعتبار جنسها فهما مردودتان باتفاق ، كما يحكى ذلك الغزالى . وقد رجحنا حكايته لهذا الاتفاق على كلام جمهور الأصوليين الذين ينسبون القول بالمصالح الغريبة إلى بعض الأئمة ، فى حين أن ما روى عن الأئمة أنفسهم يدل على خلاف ما يحكيه هؤلاء الأصوليون . ويبقى بعد ذلك الخلاف بين الغزالى والجمهور فى دخول المصلحة الملائمة فى باب القياس أو تخصيصها باسم المصلحة المرسلة وقصر القياس على المصلحة التى شهد الشرع لنوعها .

التقسيم الثانى : أقسام المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها .

تنقسم المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها إلى أقسام ثلاثة : مصلحة ضرورية ، ومصلحة تحسينية ، ومصلحة حاجية .

أما المصلحة الضرورية فهى « ما لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفى الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين »(١) .

ومجموع المصالح أو المقاصد الضرورية خمسة : حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل .

وقد دل الاستقراء على أن الشارع قد شرع من الأحكام والتكاليف ما يحمى هذه المصالح التى تبلغ الحاجة إليها مبلغ الضرورة ، ولا تقوم حياة الناس بدونها ، فحاجة البشر إلى التدين حاجة تبلغ مبلغ الضرورة ، ولا غنى لإنسان ذى فطرة سليمة عن الدين وإحسان الصلة بالله عز وجل ، فإن ذلك يمده بزاد روحى يوفر له السعادة والطمأنينة وراحة البال والقوة على مواجهة الصعاب والعقبات فى هذه الدنيا ، ويعطيه الأمل فى رضا الله وثوابه فى الدار الآخرة .

وقد رأينا الشارع يشرع أصول العبادات ، كالإيمان والنطق بالشهادتين، والصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، وغيرها لحفظ الدين من جانب الوجود ، أى لإقامة أركانه وتثبيت قواعده ، حتى يكون هناك تدين فى الواقع. كما شرع العقوبات الرادعة لكل جريمة تعد اعتداء على الدين الذى تؤمن به الجماعة وتعتبره ضرورة من ضروريات الحياة لا تقل عن الحياة نفسها ، فكانت الحرب مشروعة لكل من أراد أن يصد الناس عن دينهم ، ويعتدى على حرية عقائدهم . وكانت عقوبة المبتدع الداعى إلى بدعته ، والتارك لدينه المفارق للجماعة ، فهذه الأحكام تدرأ كل اختلال واقع أو متوقع على حق الناس فى التدين ، وهو من المصالح الضرورية ، ويطلق الأصوليون على هذا النوع من الأحكام : أحكام حفظ الدين من جانب العدم ، كما يطلقون على

---

(١) الموافقات ٢ : ٨ .

الأحكام التى تثبت قواعد الدين وتقيم أركانه : أحكام حفظ الدين من جانب الوجود(١) .

وأما حق الناس فى الحياة فهو من أقدس الحقوق ، وأهم المصالح بعد مصلحة التدين ، إذ لا تبقى هذه الدنيا عامرة إذا لم توضع الأحكام التى تكفل المحافظة على النفس البشرية من جانب الوجود ومن جانب العدم ، وقد تكفل التشريع الإسلامى بحماية حق الحياة ، ووضع من الأحكام ما يحفظ النفوس ويصون الدماء .

أما حفظ الحياة البشرية من جانب الوجود فقد شرع له ما يطلق عليه علماء الأصول قسم العادات والمعاملات . فبالنسبة لقسم العادات أباح الشارع ، بل أوجب على كل مسلم أن يتناول من المأكولات ، والمشروبات ، والملبوسات ، والمسكونات ، ما يلزم لحياته ، بحيث يعد مطيعاً إذا تناول ذلك بنية الطاعة وتنفيذ أوامر الشارع ، ومصلحة الجماعة فى حفظ نفسه ، ويأثم إذا هو ترك ما يحفظ حياته ويقيم أوده ، لأنه قد فوت على الجماعة نفساً ، وأهدر لله تعالى حقاً . وبالنسبة للمعاملات : فقد شرع الله من الأحكام ما ينظم به علاقة الإنسان مع غيره ، ويجمع ذلك تنظيم طرق انتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض ، بالعقد على الرقاب أو المنافع ، أو الأبضاع.

غير أن الذى يدخل فى قسم المصالح الضرورية من العادات والمعاملات هو ما كان ضرورياً ولازماً منها لحفظ الحياة ذاتها ، وأما ما زاد على ذلك فإنه يدخل فى قسم الحاجيات أو التحسينات ، كما سنرى . فإذا توقفت الحياة على تناول طعام كان تناوله مصلحة ضرورية ، وإذا لم يمكن الحصول على هذا الطعام إلا بعقد على العين أو المنفعة ، كان هذا التعاقد من باب الضروريات .

---

(١) الموافقات ٢ : ٨ .

وأما حفظ النفس من جانب العدم ، فقد تكفلت به شريعة القصاص والديات فى النفس والأطراف ، فإن شريعة القصاص ضرورية للحفاظ على حق الحياة ، وبدونها لا تصان النفوس ، ولا تحقن الدماء ، قال تعالى : « ولكم فى القصاص حياة » فالقصاص ضرورى لحفظ النفس إلا إذا عفا أولياء الدم عنه إلى الديات . ويقابل الأفعال التى توجب القصاص فى النفس والأطراف فى الشريعة : جنايات الاعتداء على النفس والأطراف فى القوانين الجنائية ، وعقوباتها هى أكبر العقوبات .

وحق الإنسان فى ماله والتمتع بثمرات ملكه ، حق من الحقوق التى لا غنى للبشر عنها ، وحاجة المسلم إلى حماية هذا الحق أو حفظ تلك المصلحة حاجة تبلغ حد الضرورة ، وتأتى تالية فى الرتبة بعد حقه فى حفظ نفسه ، وحقن دمه ، والشريعة لم تهمل حماية هذه المصلحة الضرورية فقد شرعت من الأحكام ما يحفظ هذه المصلحة من جانبى الوجود والعدم ، فالمعاملات شرعت لحماية حق الإنسان فى تنمية ملكه ، وزيادة ثروته بما يعود عليه وعلى الجماعة بالخير والرفاهية . فالبيع والإجارة من المصالح الضرورية لحفظ المال من جانب الوجود ، إذ بدونهما لا يمكن تحصيل المال أو تنمية الثروة فى العصور الحديثة حيث تلاشت أسباب التملك المباح . ونظام الشركات ، يحقق مصلحة ضرورية فى بعض المجتمعات التى يعجز فيها الفرد عن تنمية ثروته على انفراد ، فى حين أنه يكون من المصالح الحاجية فى بعض المجتمعات الأخرى ، كما كان فى العصور السابقة .

وأما حفظ هذه المصلحة من جانب العدم فقد شرع له حد القطع فى السرقة والتضمين فى الغصب والتعدى على الأموال . فالسرقة جريمة تعود على أصل هذه المصلحة بالإبطال ، ولذلك كانت عقوبة السرقة ضرورية فى حفظ هذا الحق ، وحماية تلك المصلحة ، وقدر الشارع وهو الحكيم الخبير أن عقوبة غيرها لا تردع السراق الذين اتخذوا من السرقة حرفة دون حاجة

أوضرورة ، وقعدوا عن الكسب المشروع ، والعمل الحلال ، وأما التضمين فهو الجزاء على كل تعد على مال الغير ، أو تقصير أو إهمال فى حفظه إذا كان المقصر أو المهمل قد التزم هذا الحفظ بعقد أو بحكم الشرع .

وأما حفظ العقل فهو من المصالح الضرورية إذ العقل مناط التكليف ، ولا تقوم مصالح أمة إلا إذا كانت عقول أبنائها سليمة من كل آفة ، قادرة على التفكير والتدبير ، لإسعاد أمتهم فى الداخل وحمايتها من الخارج ، والعقل جزء من النفس ، ومنفعته من منافعها ، فكل ما يعود على النفس بالحفظ من جانب الوجود يعود على العقل بالحفظ من هذه الجهة أيضاً ، وقد قدمنا أن العادات بطريق مباشر ، والمعاملات بطريق غير مباشر ، شرعت لحفظ النفس ، فتكون لازمة لحفظ العقل أيضاً . وقد شرع لحفظ العقل عقوبة زائدة على العقوبات المقررة للاعتداء على النفس أو أحد الأعضاء أو منافعها ، والعقل أحد هذه المنافع ، هذه العقوبة توقع على الشخص نفسه إذا تناول ما يفسد عقله ، لأنه يضر بالجماعة ، ويفقدها عضواً صالحاً وعقلا مفكراً . والإنسان فى الجماعة عليه حقوق ، ومن هذه الحقوق أن يحفظ عقله وجسمه لخير الجماعة التى فيها تربى ، وبمجهود مجموع أفرادها عاش. فهو وإن كان له الحق فى عقله إلا أنه ليس فى الإسلام حقوق فردية خالصة ، بمعنى أن كل تصرف فى حق من حقوق الإنسان يضر بالجماعة يمنع منه ، ويعبر عن حق الجماعة بحق الله تعظيماً له وتشريفاً . ولذلك حرم الانتحار ، وتبذير الشخص لماله ، وحجر على المكلف للسفه ، ولم يجز لشخص أن يلقى بنفسه إلى التهلكة ، ولا أن يسامح لغيره فى أن يأكل ماله بالربا إلى غير ذلك . فالحقوق فى الشريعة الإسلامية ليست للعبد خالصة ، بل إن بعضها خالص لله ، والبعض حق الله فيه هو الغالب ، ومن النادر أن تجد حقاً خالصاً للعبد يتصرف فيه دون قيد شرعى على حريته فى هذا التصرف ، فللشخص أن يهب ماله ولكن بشرط ألا يكون فى

معصية ، وألا يكون عليه التزامات لغيره من دائن أو قريب عاجز عن الكسب ، وهكذا .

أما حفظ النسل فهو من المصالح الضرورية فى الحياة الإنسانية ، وكل ماشرع لحفظ النفس يحفظ النسل أيضاً من جانب الوجود ، وأما الاعتداء على النسل ، فقد عد جريمة مفوتة للنسل فشرع حد الزنا حفظاً لهذه المصلحة من جانب العدم .

المصالح الحاجية :

أما المصالح الحاجية فقد عرفت بأنها : «ما افتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب. فإذا لم تراع دخل على المكلفين — على الجملة — الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة »[1] .

ومعنى هذا أن الشارع إذا لم يشرع من الأحكام ما يحفظ المصالح الحاجية ، فإنه لن يفوت دين ولا نفس ، ولا نسل ، ولا عقل ، ولا مال ، بل تبقى أصول هذه المصالح محفوظة ، ولكن هذا الحفظ لا يكون أكمل وأتم إلا إذا روعيت تلك المصالح .

وبعبارة أخرى إن الأحكام التى شرعت لحماية مثل هذه المصالح ليست ضرورية للحفظ على أصول المصالح الكلية ، وإنما هى مكملة لهذا الحفظ ومحتاج إليها فيه . ويظهر لذلك زيادة توضيح فى ضرب الأمثلة .

فقد مثل الأصوليون لهذا القسم من المصالح « فى العبادات بالرخص المخففة ، بالنسبة إلى لحوق المشقة بالمرض والسفر[2] وفى العادات بإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال ، مأكلا ومشرباً وملبساً ومسكناً

---

(١) الموافقات ٢ : ١٠ .

(٢) فإن الشارع قد رخص للمريض والمسافر : الفطر ، والقصر ، والجمع ، وهذا الحكم ليس ضرورياً لحفظ أصل الدين من الصوم أو الصلاة ، فإن المريض والمسافر قد يستطيع الصوم أو إتمام الصلاة مع مشقة السفر والمرض ، ولكن الشارع قاصد لرفع هذا الحرج والمشقة .

ومركباً ، وما أشبه ذلك . وفى المعاملات بالقراض ، والمساقاة ، والسلم ، وإلغاء التوابع فى العقد على المتبوعات ، كثمر الشجر ، ومال العبد . وفى الجنايات بالحكم باللوث، والتدمية ، والقسامة، وضرب الدية على العاقلة ، وتضمين الصناع ، وما أشبه ذلك »[١] .

فهذه الأحكام كلها ليست ضرورية لحفظ أصل المصالح الخمسة الكلية، وإنما هى أحكام تكمل هذا الحفظ ، وترفع عن تحصيل أصل المصالح الحرج الشديد والمشقة الزائدة . فالتمتع بالطيبات بما فوق الحاجة إلى حفظ الحياة ليس ضرورياً لأصل حفظ النفس ، ولكنه مكمل لهذا الحفظ ، ومحقق لحاجة وإن لم تبلغ مبلغ الضرورة ، لكن ينال الإنسان بفقدها الحرج والمشقة . وعقود السلم ، والمساقاة ، والقراض ، لا تدعو إليها ضرورة حفظ النفس أو المال ، ولكنها تكمل هذا الحفظ ، وترفع عن المكلف بعض الحرج والمشقة التى تناله لو لم تشرع هذه العقود . وكذلك بعض الأحكام التى شرعت لتكميل حفظ الأصول الكلية من جانب العدم ، كالحكم باللوث ، والتدمية ، والقسامة ، وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناع ، فإن هذه الأحكام لا تصل الحاجة إليها إلى حد الضرورة ، وإن كان فى شرعها تكميل لحفظ المقاصد الكلية ، ورفع الحرج والمشقة عن المكلف فى ملابسه أسباب حفظها .

المصالح التحسينية :

أما المصالح التحسينية فقد عرفت بأنها : « الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات ، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق »[٢] .

---

(١) الموافقات ٢ : ١١ .

(٢) الموافقات ٢ : ١١ .

وقد مثلوا لهذا «فى العبادات بإزالة النجاسة ، وبالجملة الطهارات كلها — وستر العورة ، وأخذ الزينة ، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات . وأشباه ذلك . وفى العادات بآداب الأكل والشرب ، ومجانبة المآكل النجسات ، والمشارب المستخبثات ، والإسراف والإقتار فى المتناولات . وفى المعاملات بالمنع من بيع النجسات ، وفضل الماء والكلأ ، وسلب العبد منصب الشهادة والإمامة ، وسلب المرأة منصب الإمامة ، وإنكاح نفسها . وفى الجنايات بمنع قتل الحر بالعبد ، أو قتل النساء والصبيان والرهبان فى الجهاد »[١] .

فهذه الأحكام ليست ضرورية للحفظ على المقاصد الكلية ، ولا محتاجاً إليها فيه ، ولا يلزم من عدم تشريعها حرج شديد ، ولا مشقة زائدة ، ولكن هذه الأحكام تجرى مجرى التحسين والتزيين .

مكملات مراتب المصالح :

وقد ذكر الأصوليون أن كل رتبة من رتب المصالح يلحق بها وينضم إليها ما هو كالتتمة والتكملة لها ، بحيث إذا فرضنا فقده لم يخل بحكمتها الأصلية .

وقد مثلوا لمكمل الضرورى بالتماثل فى القصاص ، فإنه لا تدعو إليه ضرورة ، ولا تظهر فيه شدة حاجة . ولكنه تكميلى ، وكذلك نفقة المثل ، وأجرة المثل ، وقراض المثل ، والمنع من النظر إلى الأجنبية ، وشرب قليل المسكر ، ومنع الربا ، واتباع الورع فى المتشابهات وإظهار شعائر الدين كصلاة الجماعة والجمعة ، والقيام بالرهن والحميل ، والإشهاد فى البيع إذا كان من الضرورات .

---

(١) الموافقات ٢ : ١١ ، ١٢ .

ففي كل هذه الحالات أو الأمثلة نجد أن المصلحة الضرورية يمكن أن تبقى محفوظة إذا فرضنا فقد المكمل ، ولكن الحفظ عليها إنما يكمل ويتم بذلك .

ومثلوا لمكمل المصلحة الحاجية بمراعاة الكفاءة ومهر المثل في زواج الصغيرة ، فإن ذلك لا تدعو إليه حاجة مثل الحاجة إلى أصل نكاح الصغيرة . وإن قلنا إن البيع من المصالح الحاجية ، فالإشهاد والرهن والحميل من باب مكملات هذه المصلحة ، ومثلوا له أيضاً بجمع الصلاة في السفر ، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على عقله .

فهذه الأمثلة كلها من مكمل المصالح الحاجية إذ لو لم يشرع لم يخل بأصل التوسعة والتخفيف .

ومثلوا لمكملات المصالح التحسينية بآداب الطهارة ، وعدم إبطال العمل المدخول فيه وإن لم يكن واجباً ، ولقد قرروا أن الحاجيات كالتتمة للضروريات ، وكذلك التحسينات كالتكملة للحاجيات .

أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي الآتية :

١ — نوع المصلحة التي يحتج بها : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة في دراسة المصلحة التي يؤخذ بها كدليل شرعي ، فسوف نرى أن البعض يشترط في المصالح الحاجية والتحسينية الأصل المعين الذي يمكن القياس عليه ، إلا أن تجرى هذه المصالح مجرى الضرورات فعندئذ تلحق بالأخيرة ويجوز الحكم بمجردها ولا يلزم للتفريع عليها وجود الأصل المعين الذي يمكن عليه القياس ، ما دامت الشروط الأخرى اللازمة للعمل بالمصلحة عنده قد توافرت . وقد سلك ذلك الغزالي .

بينما البعض الآخر يحكم بمجرد المصالح الحاجية ويضعها مع المصالح الضرورية فى رتبة واحدة ولا يشترط فى كل منهما الأصل المعين ما دامت شروط العمل بالمصلحة قد توافرت عنده . وذلك هو صنيع المالكية والذى نص عليه الشاطبى .

على أن الطوفى قد شذ عن هذا الإجماع ، حيث لم ير لتقسيم المصلحة إلى الضرورية والحاجية والتحسينية فائدة ، وهاجم الأصوليين الذى اتخذوا هذا التقسيم أساساً فى اعتبار المصلحة حجة ، وقد نحا نحو الطوفى بعض الكاتبين فى المصلحة حديثاً ، حيث قسم المصلحة إلى الأقسام السابقة ، ولكنه لم يعلق أية أهمية على هذا التقسيم ، ورأى كما رأى الطوفى أن كل مصلحة يؤخذ بها مجردة عن الأصل المعين دون فرق بين مصلحة ضرورية أوحاجية أو تحسينية .

وسنرى أن الغزالى أسس مذهبه فى المصلحة على هذا التقسيم . واهتم به فى كتابيه : شفاء العليل والمستصفى ، وهو وإن لم يذكره فى كتابه المنخول فإن تفريعه هناك يدل على أنه لا يأخذ بمصلحة إلا إذا كانت ضرورية أو جارية مجرى الضرورية ، فقد نص على أن الحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة فى حق الشخص الواحد[1] .

٢ — الترجيح بين المصالح المتعارضة : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة عندما تكون الواقعة الواحدة مناطاً لمصلحتين أو مقصودين ، إذ يجب ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى ، وقد قرر كتاب الأصول أن المصلحة الضرورية تقدم على المصلحة الحاجية ، والأخيرة تقدم على المصلحة التحسينية . كما قرروا أن هناك ترتيباً معيناً للمصالح الضرورية فيما بينها ، بحيث تقدم مصلحة الدين على النفس ، والنفس على العقل ،

---

(١) شفاء العليل ص ٢١٥ .

والعقل على النسل ، والنسل على المال . وأخيراً فإن كل مصلحة مكملة لها — من حيث هى تكملة — شرط ، وهو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال ، فإذا كان اعتبار المصلحة المكملة يؤدى إلى فوات أصلها ، فإن هذه التكملة يسقط اعتبارها . وهذا ينطبق على المصالح الحاجية مع الضرورية ، والتحسينية مع الحاجية ، فإن الحاجية مكملة للضرورية ، والتحسينية مكملة للحاجية ، فإذا أدى اعتبار المكمل إلى فوات المكمل سقط اعتباره ، وعلى هذه القاعدة تخرج كثير من الفروع الفقهية فى باب المصالح المرسلة ، والذرائع ، والترجيح بين المصالح المتعارضة ، كما سنرى فيما بعد .

التقسيم الثالث : أقسام المصلحة من حيث الشمول .

وهذا التقسيم لم ار من صرح به غير الإمام الغزالى رحمه الله . وإن كان البعض قد أشار إليه عند الكلام فى الترجيح بين المصالح المتعارضة . ولقد ذكر الغزالى هذا التقسيم فى كتابه شفاء العليل حيث قال : « وتنقسم (المصلحة) قسمة أخرى بالإضافة إلى مراتبها فى الوضوح والخفاء : فمنها مايتعلق بمصلحة عامة فى حق الخلق كافة ، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب ، ومنها ما يتعلق بمصلحة لشخص معين فى واقعة نادرة »(١) .

ومثال المصالح العامة فى حق كافة الخلق المصلحة القاضية بقتل المبتدع الداعى إلى بدعته إذا غلب على الظن ضرره وصار ذلك الضرر كلياً ، والمصلحة القاضية بقتل الزنديق المتستر وعدم قبول توبته بعد القدرة عليه ، ومثال المصلحة التى تتعلق بالأغلب تضمين الصناع ، فالتضمين مصلحة لعامة أرباب السلع ، وليسوا هم كل الأمة ، ولا كافة الخلق . ومثال المصلحة الخاصة النادرة ، المصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود ، وانقضاء عدة من تباعدت حيضتها بالأشهر ، فإن هذه مصالح نادرة تتعلق بشخص واحد فى حالة نادرة .

---

(١) شفاء العليل ص ١٨٤ .

أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم فى النواحى الآتية :

١ - نوع المصلحة التى يجوز الاحتجاج بها : ينسب بعض كتاب الأصول إلى الغزالى القول باشتراط الكلية فى كل مصلحة مرسلة يرى الاحتجاج بها ، إلا أن الغزالى نفسه يصرح بعكس ذلك ، إذ يقول فى كتابه شفاء العليل بعد ذكر هذا التقسيم : «وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصدم نصاً ولا يتعرض له بالتغيير»[١] .

أما فى المستصفى ، فإن الغزالى لم يذكر هذا التقسيم ، مكتفياً بتقسيم المصلحة من حيث اعتبار الشارع ، ومن حيث قوتها فى ذاتها . ليقول إن المصلحة المرسلة هى المصلحة التى لم يشهد لها بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين ، وأنها هى المصالح الضرورية أو ما يجرى مجرى الضروريات من الحاجات والتحسينات ، إلا أن الغزالى وإن لم يصرح بهذا التقسيم فى المستصفى فقد أشار إليه فى موضعين . أولهما : بعد ذكر مثال الترس المشهور فقد قال : فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معين وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف : أنها ضرورية ، كلية ، قطعية . وقد فهم بعض الأصوليين من هذه العبارة أن الغزالى يشترط الكلية فى كل مصلحة يقول بها ، وأن كل مصلحة لا يتوافر فيها شرط الكلية لا يحتج بها على أساس فقد هذا الشرط ، بينما فهم البعض الآخر أن هذا الشرط والشرطين الآخرين ليس للقول بالمصلحة المرسلة ، وإنما للقطع بكونها حجة . ويرى فريق ثالث أن هذه الشروط الثلاثة إنما هى لجواز تخصيص المصلحة المرسلة لنص شرعى . وسوف نناقش ذلك كله فى موضعه .

---

(١) شفاء العليل ص ١٨٤ .

وأما الموضع الثانى الذى أشار فيه الغزالى إلى هذا التقسيم فقد كان عند ذكر مذهبه فى المصالح الجزئية المتعلقة بالأشخاص، وقد ذكر فى هذا الموضع أمثله ثلاثة لهذا النوع من المصالح[1] .

وقد قرر أن هذه المصالح فى محل الاجتهاد . ثم بين أن واحدة منها قد شهد لها النص المعين ، فهى داخلة فى باب القياس . وأن الثانية ، لا يؤخذ فيها بالمصلحة ، لأنها مصلحة نادرة فى مقابلة نص ، فهى ليست ملائمة لتصرفات الشرع — لأنه لم يعهد منه الالتفات إلى النوادر فى أكثر الأحوال — حتى يقال بأنها تخصص النص ، ولأنها من الناحية الأخرى مصلحة فى باب التعبد ، ولا مجال للمصالح فى باب التعبد فى رأيه. وأما الثالثة فلم يأخذ بها لأنها معارضة بمصلحة أخرى .

ومن هذا يظهر أن الغزالى لم يرفض هذا النوع من المصالح على أساس أنها ليست مصالح كلية . بل أقر أنها فى محل الاجتهاد ، ثم أداه اجتهاده إلى عدم الأخذ بها ، وهذا يؤيد أن الغزالى لا يرى كلية المصلحة شرطاً لازماً فى القول بها على كل حال . وسوف نحقق القول فى ذلك عند الحديث على نظرية المصلحة عند الغزالى ، إن شاء الله تعالى .

٢ — عند الترجيح بين المصالح المتعارضة . والموضع الثانى الذى تظهر فيه أهمية هذا التقسيم هو الترجيح بين المصالح المتعارضة . فإنه قد تقرر عند

---

(١) وهذه الحالات هى :

أولا : حالة ما إذا عقد وليان نكاحين أحدهما سابق واستبهم الأمر ، ووقع اليأس من البيان وترتب على ذلك القول ببقاء المرأة محبوسة طول العمر عن الزواج ومحرمة على زوجها المالك لها فى علم الله تعالى . المستصفى ٢ : ٣٠٧ .

ثانياً : حالة من تباعدت حيضتها عشر سنين مثلا وتضررت من البقاء دون زواج . السابق ٣٠٧ .

ثالثاً : حالة المفقود زوجها إذا تضررت من العزوبة . السابق ٣٠٧ .

علماء الشريعة أنه فى كل موضع تعارضت فيه مصلحة عامة مع مصلحة خاصة ، فإن المصلحة العامة تقدم . وعلى هذا الأساس فقد قدموا مصلحة أرباب السلع على مصلحة بعض الصناع الذين يمكن أن يكون هلاك السلع بدون تعد أو تقصير منهم فقالوا بتضمين الصناع إذا غلب التعدى والتقصير على مجموع الصناع . وخرج المالكية ضرب المتهم الذى قامت القرائن القوية على ارتكابه السرقة على هذا الأصل ، مع أن بعض من يتهم قد يكون بريئاً من السرقة . وقد أكثر الشاطبى من التفريع على هذا الأصل فى كتابيه: الاعتصام والموافقات فى أصول الشريعة .

وسنرى شيئاً من هذا عند الكلام على نظرية المصلحة فى الفقه المالكى. بل إن قاعدة الذرائع تعتمد على هذا الأصل ، فإنها المنع من الفعل الجائز لأنه يؤدى إلى مفسدة توازي مصلحة الفعل أو تزيد ، وعند الموازنة بين المصلحة والمفسدة يؤخذ فى الاعتبار عموم المصلحة والمفسدة وخصوصهما. والخلاصة أن الشارع تصرف على هذا الأصل فى كل ما شرع من أحكام وأمر من تكاليف .

التقسيم الرابع : أقسام المصلحة من حيث الثبات والتغير .

وصاحب هذا التقسيم هو الأستاذ الشيخ مصطفى شلبي ، ولم أره لأحد من قبله . فقد قسم فضيلته المصلحة إلى قسمين : أولها ، المصلحة المتغيرة بتغير الزمان والبيئات والأشخاص . وثانيهما ، المصلحة الثابتة على مدى الأيام. وقد رتب على هذا التقسيم نتيجة فى غاية الأهمية فقرر أن المصلحة المتغيرة تقدم على النص والإجماع ،وذلك فى أبواب المعاملات والعادات إذ هى التى قرر فضيلته أن مصالحها غير ثابتة بل يلحقها التغيير والتبديل حسب الأزمان والبيئات والأحوال ، وأما إذا كانت المصلحة من المصالح التى لا تتغير ، وذلك فى أبواب العبادات وحدها ، فإن النص والإجماع يقدمان فيها على

المصلحة . وقد قال فى ذلك فضيلته عند الكلام على موقف المصلحة من النص : « إنها إذا تعارضت معه فى أبواب المعاملات والعادات التى تتغير مصالحها . أخذ بها ... وأما إذا كانت المصلحة المستفادة من النص لا تتغير فلا يترك النص أصلا ... وأما غير المعاملات كالعبادات والمقدرات فلا سبيل إلى عمل المصلحة فيها »[1] .

والخلاصة أن فائدة هذا التقسيم فى نظر فضيلته هو أنه يسمح للقول بتغير الأحكام بتغير المصالح ، وتقديم المصلحة المتغيرة على النص والإجماع .

ونحن لا نرى ضرورة لهذا التقسيم ، ولا نسلم الأساس الذى بنى عليه ، ولا الغاية المقصودة منه . ذلك أن الحكم الشرعى الذى شرع تحقيقاً لمصلحة معينة ثابت لا يتغير ولا يتبدل فى نظرنا لأن المصلحة التى شرع لتحقيقها كذلك . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإننا لا نرى ترك النص بمصلحة قط ، سواء كانت هذه المصلحة ثابتة أو كانت متغيرة .

وبيان ذلك أن كل دليل شرعى مبنى على مقدمتين إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم ، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعى ، والأولى نظرية ، والثانية نقلية . فإذا نص الشارع على أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فإن هذا حكم شرعى تقرر لمصلحة معينة ، وهذا الحكم لا يلحقه التغيير ولا التبديل لأن المصلحة التى قصد به تحصيلها ثابتة كذلك . فإذا عرض على الفقيه واقعة مضمونها أن الصانع يدعى تلف السلعة التى سلمت إليه دون تعد أو تقصير ، فى حين أن صاحب السلعة لا يوافقه على دعواه ، فإن الفقيه ينظر فيجد أن الغالب على طائفة الصناع الصدق

---

(١) تعليل الأحكام ص ٣٢١ .

والأمانة ، فيقول إن الصانع لا يضمن ويصدق فى دعواه الهلاك أو التلف وليس لرب السلعة عليه إلا اليمين ، ويؤسس دعواه على أن المدعى هو الذى لا يشهد له الغالب ، والمدعى عليه ما كان قوله على وفق الغالب ، وحيث إن الغالب على الصناع الأمانة ، فيكون الصانع مدعى عليه ، وصاحب السلعة مدع ، وحيث إن البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فإن على رب السلعة أن يقيم الدليل على تعدى الصانع أو تقصيره ، وهو إذا لم يفعل فليس على الصانع إلا اليمين . فإذا تغير الزمن ، وفسدت الذمم ، وضعف سلطان الدين على النفوس وغلب على طائفة الصناع الخيانة والتعدى ، فإن الفقيه يحكم بتضمين الصانع لأنه يعتبر مدعياً ، حيث إن دعواه على خلاف الظاهر الغالب ، إذ الغالب على الصناع الخيانة والتعدى . وقد تغيرت الفتوى فى الحالتين ، ولم يتغير الحكم الشرعى ولا المصلحة التى شرع هذا الحكم لتحقيقها . فالفقيه فى كلا الحالين طبق الحكم الشرعى تحقيقاً للمصلحة التى شرع هذا الحكم لتحقيقها . وهذا تماماً كما إذا قلنا كل مسكر حرام ، ثم رأينا رجلا يشرب عصيراً فحققنا مناط هذا الحكم فيه فقلنا بحله لأنه ليس مسكراً ، وفى اليوم التالى تخمر العصير ، فقلنا بالحرمة لوجود مناط الحكم الشرعى فى الحالة الثانية دون الأولى . فهل يقال إن الحكم الشرعى تغير بتغير المصلحة ؟ إن كل الذى حدث أننا طبقنا الحكم الشرعى وحققنا مناطه فى بعض الوقائع فوجدنا الحكم ينطبق على الواقعة فى حالة دون أخرى ، أو على بعض الوقائع دون البعض الآخر .

وبالمثل فإذا ورد حديث الرسول عليه السلام برفض التسعير ، واستنبط الفقيه أن مناط رفض الرسول للتسعير أنه لم تكن هناك حاجة لهذا التسعير ، بأن لم يكن ارتفاع الأسعار نتيجة احتكار أو تواطىء من التجار بقصد استغلال حاجة الأمة ، فإن الحكم الشرعى يكون عدم جواز التسعير ما لم يكن للتجار دخل فى ارتفاع هذا السعر . وهذا الحكم ثابت لا يلحقه تغيير

ولا تبديل ، فإذا عرض على الفقيه واقعة مضمونها أن أسعار الأرز قد ارتفعت ارتفاعاً مفاجئاً ، فإنه يحقق مناط هذا الحكم الشرعى ، أو يطبق حكم الشرع على هذه الواقعة فيقول : ارتفاع السعر المتعمد بفعل التجار يقتضى التسعير عليهم ، وحيث إنه قد ثبت أن ارتفاع السعر هنا لم يكن بفعلهم ، فإنه لا ضرورة لهذا التسعير ، وبالعكس إذا ثبت أن رفع السعر كان بفعل التجار .

فالأحكام الشرعية بعد استنباط مناطها لا يلحقها التغيير ولا التبديل ، وإنما تطبق على الوقائع ، كما يطبق القاضى حكماً يقضى به القانون على واقعة معروضة أمامه ، وهو يقضى بحكم القانون على الواقعة إذا تحقق فيها مناطه ، أو لا يقضى به إذا لم يوجد فيها هذا المناط ، ولا يقال إن حكم القانون قد تغير ، إذ القاضى لا يستطيع أن يعدل فى القانون ، ولا يغير فى أحكامه ، فكيف يستجيز المسلم أن يغير حكم الله ؟

ولعل القائل بتغيير الأحكام الشرعية بتغير المصالح لا يقصد الحكم الشرعى ، وإنما يقصد أن الواقعة إذا تحقق فيها مناط الحكم الشرعى طبق عليها وإلا فلا ، فإذا كان التجار قد رفعوا السعر طلباً للربح الحرام فإن التسعير يجوز ، لأن المصلحة تقضى بذلك ، وإذا ارتفعت الأسعار دون تدخل منهم فإن التسعير لا يجوز لأنه لا مصلحة تقتضيه ، كما صوره فضيلته ولكن ما دخل هذا فى الحكم الشرعى نفسه ، وفى المصلحة التى جاء هذا الحكم لتحقيقها ؟ إن الحكم ثابت ، والمصلحة دائمة . فهل إذا نص الشارع على أن من كان جنباً فعليه أن يتطهر ، فوجد المكلف جنباً يوماً فلزمه الغسل ، وغير جنب فى يوم آخر ، فلم يلزمه ، هل يقال فى هذه الحالة إن الحكم قد تغير لتغير المصلحة ؟ أم يقال إن الحكم انطبق فى حالة دون أخرى . وهو ثابت دائم ؟ أما إذا كان فضيلته يقصد بالحكم المقدمة النظرية ، أى الحكم

بأن الصانع مدع أو مدعى عليه بحسب الغالب والعادة ، وأن السعر ارتفع بفعل التجار أو بغير فعلهم ، فإن هذا ليس حكماً شرعياً ، بل إنه يطلب هذا الحكم من غير الفقيه ، فيسأل الخبراء فى التجارة وشئون الأسعار عما إذا كان ارتفاع السعر بتدخل من التجار أم لا ، وهل هم يبيعون بسعر المثل أو بأزيد منه ، ويقبل قولهم فى هذا الحكم لأنه ليس حكماً شرعياً ، بل هو حكم عادى يعتمد على الواقع ويؤخذ من مجريات الأمور ، وكذلك الشأن فى المدعى أو المدعى عليه يسأل أهل الخبرة عما إذا كانت دعوى المدعى على خلاف العادة والغالب أم لا ؟ وهذا يعتمد على استقراء عادة الطائفة التى منها المدعى وغير ذلك من الملابسات ، وفى الحكم على الشراب بأنه مسكر أم لا نعتمد على التحليل وقول أهل الخبرة بالشراب ، لأن هذا ليس حكماً شرعياً .

فإذا ثبت شرعا أن للمرأة أن تؤدى الفرائض فى المسجد ، ثم استخرج الفقيه مناط هذا الحكم فقال إن خروج النساء إلى المساجد مصلحة لا ضرر فيه ولا مفسدة ، فيجوز تحصيلا للمصلحة الخالصة أو الراجحة ، فإن هذا حكم شرعى ثابت لا يلحقه تغيير أو تبديل ، فإذا كنا فى زمن فيه صلاح قيل لأهل الخبرة والمطلعين على أحوال الناس من رجال الأمن والآداب ، هل خروج النساء إلى المساجد مصلحة خالصة أو راجحة ؟ فإن قالوا نعم ، لم يمنعن من ذلك ، فإذا تبين أن هناك مفاسد من خروج النساء تساوى المصلحة من الخروج أو تزيد كان مقتضى الحكم الشرعى نفسه أن يمنعن ، إذ مناط الجواز المصلحة الخالصة أو الراجحة ، وهو غير متحقق فى هذه الحالة .

والخلاصة أن كل دليل شرعى يتركب من مقدمتين : إحداهما نظرية ، وهى تحقيق مناط الحكم الشرعى ، والحكم فيها ليس حكماً شرعياً . والثانية نقلية ، وهى الحكم الشرعى نفسه ، والأخير ثابت لا يتغير ولا يتبدل ، لأن المصلحة التى قصد به تحقيقها لا تصير مفسدة . وبالعكس ، وأما الأول

فيمكن أن يقال إنه يعتمد على العادات والتجارات والخبرات وغير ذلك من الظروف المتغيرة ، فيتغير بتغيرها ، ولكن الحكم الشرعي والمصلحة التي شرع لتحصيلها ثابتان لا يتغيران إلا بانقضاء هذا الكون . وهناك نقطة ربما كان من الأفضل أن نوضحها في هذا المقام ، فقد يقال إن الحديث الذي منع من التسعير لم يبين اختصاص المنع بحالة ما إذا كان ارتفاع السعر بدون تدخل من أحد ، فإذا قلنا بجوازه عندما يكون ارتفاع السعر بفعل التجار ويكون في تركه ضرر على الكافة ، فإن الحكم الشرعي يكون قد تغير بتغير المصلحة ، فقد كان الحكم عدم جواز التسعير ثم جاز .

والجواب على ذلك أن المنع من التسعير لابد أن يحدد مناطه ، فإن كان المناط أنه تسعير على أي حال ، فإنه يكون حكماً ثابتاً لا يجوز لمسلم أن يخالفه ، أو يفتي بتغييره ، فإن ذلك نسخ للأحكام الشرعية . وإن كان المناط أنه ظلم حيث لا تدخل من أحد ، فإن تحقيق مناط هذا الحكم وتطبيقه على الوقائع لا يعد تغييراً له كما سبق . ويكون الحكم بان ارتفاع السعر كان بتدخل أو بغير تدخل من التجار حكماً بتحقق المناط ، وهو حكم الفقيه بأن الواقعة تدخل تحت حكم الشارع . ويمكن التمثيل لذلك بما إذا كان حكم القانون أن من هرب عملة أجنبية إلى داخل البلاد يعاقب بالحبس مدة معينة ، ثم عرض على القاضي واقعة فيها مقاصة بين اثنين على عملة أجنبية ، فحكم القاضي بأن هذه الواقعة تعد تهريباً ينطبق عليه حكم القانون ، وفي حالة أخرى يجد القاضي أن الواقعة لا تدخل تحت هذا الحكم . ومن الواضح أن هناك فرقاً بين حكم القانون وحكم القاضي بأن الواقعة المعروضة تدخل تحت هذا الحكم ، وحكم القاضي قد يتغير بتغير الوقائع ، وحكم القانون ثابت لا يغيره إلا المشرع نفسه ، ولم نسمع أن قاضياً غير حكم المشرع الوضعي لأنه رأى أن المصلحة التي شرع الحكم تحقيقاً لها قد تغيرت . ولو أن قاضياً فعل ذلك لكان معتدياً على سلطة التشريع ، وكان عقابه العزل ،

ووسم بالجهل لأنه طلب منه أن يطبق حكم القانون ، وليس تبديله وتغييره إذا عن له أن المصلحة التي وضع الحكم لتحقيقها قد تغيرت ، ولكن لايجادل أحد في أن للقاضي أن يبحث عن الحكمة التشريعية ، وأن يتعرف المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بالحكم ، فإذا توصل إلى الحكم القانوني بمناطه وقف عنده لا يتعداه ولا يغيره .

التعريف الذي نرتضيه :

والتعريف الذي نرتضيه ليكون نقطة بداية لدراسة نظرية المصلحة هو تعريف الغزالي للمصلحة . إلا أننا سوف لا نكتفي بهذا القدر الذي اكتفى به غيرنا في اعتبار المصلحة دليلا شرعياً ، أعني مجرد دخول المصلحة التي نقول بها تحت مقاصد الشارع العامة ، كما فعل الطوفي ومن نحا نحوه ، وارتضى طريقته ، بل إننا نوافق الغزالي الشافعي والشاطبي المالكي موافقة تامة في اشتراط شروط زائدة على هذا القدر من الاعتبار حتى تكون المصلحة دليلا في التشريع ، هذه الشروط تتلخص في أحد أمرين : إما أن يثبت الشارع حكماً على وفقها ، بحيث يمكن استنباط المصلحة منه ثم الحكم بها في غير محل النص، وهو المسمى عند الأصوليين باستخراج المناط ، وهو استنباط علة الحكم من النص دون أن تكون هذه العلة منصوصاً أو مجمعاً عليها . وإما أن تكون المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع بأن تكون داخلة تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، والمشهور إطلاق المصلحة المرسلة على المصلحة الملائمة . وتسمية الطريق الأول بالإخالة أو استنباط المناط ثم تحقيقه ، إلا أن القرافي المالكي ، وصدر الشريعة الحنفي يسميان الإخالة أو استخراج مناط الحكم مصلحة مرسلة ، على اعتبار أن المناط أو العلة غير منصوص أو مجمع عليها فتكون مرسلة[1] .

---

(١) انظر القرافي في تنقيح الفصول ص ١٧١ حيث يقول: « فأما المصلحة المرسلة فالمنقول =

وسوف نفصل القول فى ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى .

= أنها خاصة بنا ، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى به جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسلة ، فهى حينئذ فى جميع المذاهب : وانظر شرح التلويح على التوضيح ٢ : ٧١ . يقول القاضى صدر الشريعة الحنفى : «وإذا وجدت الملائمة يصح العمل ولا يجب عندنا ، بل يجب إذا كانت مؤثرة ، وعند بعض الشافعية يجب العمل بالملائم بشرط شهادة الأصل ، وعند البعض بمجرد كونه مخيلا ، وهذا يسمى المصالح المرسلة ، أى الأوصاف التى تعرف عليتها بمجرد كونه مخيلا تسمى بالمصالح المرسلة » .



الباب الأول

نظرية المصلحة فى الفقه المالكى

الفصل الأول — المصلحة المرسلة :

المبحث الأول : تحديدها .

المبحث الثانى : تطبيقاتها .

المبحث الثالث : علاقتها بالنص .

الفصل الثانى — أصل إعتبار المآل :

المبحث الأول : مضمون الأصل وأدلته .

المبحث الثانى : تطبيقاته .

الفرع الأول: الذرائع .

الفرع الثانى : الاستحسان .

الفرع الثالث : التحيل .

الفرع الرابع : قواعد أخرى .



الباب الأول

نظرية المصلحة فى الفقه المالكى

تمهيد وتقسيم :

لم يدون مالك رضى الله عنه الأصول التى قيد بها نفسه فى الاجتهاد ، والتزمها فى استنباط أحكام الفروع التى نسبت إليه ، والفتاوى التى رويت عنه . وكان فى ذلك كأبى حنيفة معاصره ، ولم يكن كتلميذه الشافعى الذى دون أصوله فى الاستنباط وضبطها ، وذكر البواعث التى دفعته إلى اعتبارها ، ومقامها من الاستدلال .

ولقد جاء فقهاء المذهب المالكى وشيوخه إلى فتاوى مالك والفروع التى رويت عنه واستنبطوا منها مايصح أن يكون أصولا قام عليها الاستنباط فى ذلك المذهب العظيم . ولقد قاموا بتدوين تلك الأصول المستنبطة على أنها أصول مالك ، عليها اعتمد فى اجتهاده ، وإليها رجع فى التفريع ، وألزم نفسه بقيودها ، وإن لم يصرح بها فيما رواه الأتباع عنه[1] .

ولا يسع الباحث إلا أن يسلم أن هذه هى أصول مالك فى الاستنباط ، فإن أتباع الإمام والشيوخ الموثوق بهم فى المذهب أقدر الناس على استنباط مثل هذه الأصول . وليس للباحث أن يناقش فى النتائج التى توصل إليها

---

(١) انظر مالك بن أنس لأستاذنا الكبير فضيلة الشيخ أبو زهرة ص ٢٥٤.

هؤلاء الشيوخ إلا إذا خالفت النص الصريح المروى عن الإمام نفسه .

ولقد ذكر شيوخ المالكية أن مالكاً كان يحتج بالمصالح المرسلة ويأخذ بالاستحسان ، ويسد الذرائع ، ويمنع التحيل ، ويستخرج المصالح أو العلل غير المنصوصة بطريق الاجتهاد . ولم يصرح مالك بذلك كما سبق . ولكن شيوخ المذهب المالكى والمخرجين فيه استنبطوا هذا من الفتاوى التى رويت عن إمامهم ، والأدلة الجزئية التى ذكرت بجوار هذه الفتاوى فى بعض الأحيان ، أو التى استدل بها الأتباع لفتوى لم يصرح مالك بدليلها الجزئى .

وهذه القواعد أو طرق الاستدلال مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، ذلك أن المصلحة المرسلة هى المصلحة التى ترجع إلى أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة بغير دليل معين ، والاستحسان المالكى يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، وسد الذرائع معناه المنع من الفعل الجائز لمصلحة إذا كان الفعل ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، وهذا أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة . والتحيل الذى يمنعه مالك رضى الله عنه هو التوسل بفعل ظاهر الجواز إلى هدم المصالح الشرعية المعتبرة ، والمنع من هذا التوسل أصل شرعى التفت إليه الشارع وراعاه فى التشريع ، وتفريع الأحكام . وأما الاكتفاء بمطلق المناسبة أو استخراج المناط بطريق الاجتهاد . فقد أطلق عليه القرافى المالكى اسم المصلحة المرسلة ، ناظراً إلى أن العلة لم ينص ولم يجمع عليها ، وإنما استنبطها الفقيه معتمداً على المناسبة أو المصلحة التى شرع الحكم فى الأصل لتحقيقها .

وسوف أقسم هذا الباب إلى فصلين : أخصص الفصل الأول للكلام على المصلحة المرسلة : تحديدها ، تطبيقها على الفتاوى المروية عن مالك رضى الله عنه ، وأخيراً علاقتها بالنصوص الشرعية .

وأما الفصل الثانى فسوف أجمع فيه الذرائع ، والاستحسان ، ومنع التحيل تحت أصل واحد أطلق عليه الشاطبى أصل اعتبار المآل ، واستدل عليه ، ثم أرجع إليه هذه القواعد الثلاث . وفى هذا الفصل أتعرض لشرح أصل اعتبار المـآل وأقيم الأدلة على اعتباره ، وذلك فى مبحث أول ، ثم أخصص مبحثاً آخر لتطبيقاته مكتفياً منها بقاعدة الذرائع والاستحسان ومنع التحيل ، مفصلا القول فى كل منها فى فرع مستقل .

الفصل الأول

المصلحة المرسلة

لقد اشتهر عن مالك القول بالمصالح المرسلة حتى أضحى يذكر بها ، وتذكر به ، ويكاد يجمع كتاب الأصول قديماً وحديثاً على أن فقه مالك رضى الله عنه يمتاز عن غيره بأنه فقه المصالح ، وامتياز الفقه المالكى عن غيره ليس فى أصل الأخذ بهذا الأصل ، بل فى كثرة الرجوع إليه والبناء عليه . ولكن المصالح التى اعتمدها مالك مصالح تجد سندها فى النصوص الشرعية نفسها ، وليست المصالح الغريبة التى يعد القول بها عملا بالرأى وتشريعاً بالهوى وقولا بالتشهى . وإذا رأينا بعض أتباع مالك ينفى عنه العمل بالمصالح المرسلة ، فهذا النوع الأخير من المصالح يعنى لا المصالح الملائمة التى التفت الشارع إلى جنسها . وراعاها فى أحكامه .

ولقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة : خصصت الأول منها لتحديد المصلحة التى اعتبرها مالك حجة فى التشريع ، وأما المبحث الثانى فقد عرضت فيه لبعض الفتاوى التى رويت عن مالك وكان سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة ، وطبقت عليها الاستدلال المرسل كما حددته فى المبحث الأول ، وذلك بقصد إثبات رجوع هذه الفتاوى إلى النصوص الشرعية فى الجملة ، بل وقد أجريت القياس فى هذه الفروع ، وسميت هذا القياس قياس المصالح أو القواعد زيادة فى تأكيد أن كل مصلحة قال بها مالك رضى الله عنه ترجع إلى أصول تشهد لها بالاعتبار ، وإن كانت شهادة النصوص لجنس المصلحة وليس لعينها . وأما المبحث الثالث فقد تكلمت فيه على علاقة المصلحة بالنص الشرعى راداً شبه من زعموا أن مالكا يقدم رعاية المصلحة على النصوص القطعية ، ويترك بها أخبار الآحاد .

المبحث الأول

تحديد المصلحة المرسلة

تمهيد :

يعد الإمام الشاطبى بحق أعظم من كتبوا فى أصول الفقه وفلسفة التشريع ، وليس هناك بعد الشافعى الذى وضع أصول هذا الفن ، من بلغ شأو الشاطبى أو داناه وكتابه الموافقات فى أصول الشريعة أكبر شاهد وخير دليل .

ولقد ثبت الشاطبى نظرية قطعية أصول الفقه وأرسى قواعدها . ومضمون هذه النظرية يتلخص فى أمرين :

أولها : أن كل أصل يبنى عليه الفقه ، ويرجع إليه فى استنباط أحكامه يجب أن يكون قطعياً ، وسواء أقصد بالأصل الدليل من الكتاب والسنة ، أم القاعدة الكلية المأخوذة بالاستقراء من نصوص الشريعة ، أو الكليات الشرعية المنصوصة . وفى هذا يقول : « إن أصول الفقه فى الدين قطعية لا ظنية » ، ثم يقيم الأدلة على صحة هذه الدعوى[١] .

وثانيهما : أن الأدلة الراجعة إلى العقل لا تستقل بالدلالة فى أصول الفقه ، فلا يجوز أن يعتمد على حكم العقل فى إثبات حكم شرعى ، بل إن المعول عليه هو النقل فى إثبات الأحكام الشرعية والعقل معين فى طريق النقل فيقول[٢] :

---

(١) انظر الموافقات جـ ١ ص ٢٩ .

(٢) المرجع السابق جـ ١ ص ٢٥ .

« الأدلة العقلية إذا استعملت فى هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية ، أو معينة فى طريقها ، أو محققة لمناطها ، أو ما أشبه ذلك ، لامستقلة بالدلالة لأن النظر فيها نظر فى أمر شرعى والعقل ليس بشارع » .

ثم يؤكد هذا المعنى فيقول[1] : « إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية ، فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ، ويتأخر العقل فيكون تابعاً ، فلا يسرح العقل فى مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل »[2] .

---

(١) الموافقات ج ١ ص ٨٧ .

(٢) « والدليل على ذلك أمور :

الأول : لو جاز للعقل تخطى مأخذ النقل ، لم يكن للحد الذى حده النقل فائدة ، لان الغرض أنه حد له حداً ، فاذا جاز تعديه صار الحد غير مفيد ، وذلك فى الشريعة باطل ، فما أدى إليه مثله .

والثانى : ما تبين من علم الكلام والأصول ، من أن العقل لا يحسن ولا يقبح ، ولو فرضناه متعدياً لما حده الشرع لكان محسناً ومقبحاً ، هذا خلف .

والثالث : أنه لو كان ذلك لجاز إبطال الشريعة بالعقل ، وهذا محال باطل : وبيان ذلك : أن نص الشريعة أنها تحد المكلفين حدوداً فى أفعالهم ، وأقوالهم ، واعتقاداتهم ، وهو جملة ما تضمنته . فإن جاز للعقل تعدى حد واحد ، جاز له تعدى جميع الحدود ، لأن ما ثبت للشىء ثبت لمثله ، وتعدى حد واحد هو معنى إبطاله ، أى ليس هذا الحد بصحيح . وإن جاز إبطال واحد جاز إبطال السائر ، وهذا لا يقول به أحد لظهور محاله » المرجع السابق .

ثم أورد الشاطبى على نفسه اعتراضات ثلاثة حاصلها أن هذه الدعوى يلزمها نفى القياس وعدم جواز التخصيص بالعقل ، وبطلان ما اتفق عليه المجتهدون من أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيم ذلك المعنى فى النص بالتخصيص له والزيادة عليه .

ثم رد الشاطبى على هذه الاعتراضات الثلاثة بأن القياس ليس تصرفاً بمحض العقل ، بل إن الشرع إذا دلنا على إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، وأن ذلك يعتبر مقصوداً للشارع ، =

ثم يبين أن كون الفعل مصلحة أو مفسدة يرجع إلى الشارع نفسه ، فهو الذى يقرر أن الفعل مصلحة أو مفسدة ، ولا يرجع ذلك إلى ما يمليه الطبع ويأمر به الهوى فيقول[١] :

« المصالح المجتلبة شرعاً والمفاسد المستدفعة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى ، لا من حيث أهواء النفوس فى جلب مصالحها العادية ، أو درء مفاسدها العادية»[٢] .

= مأموراً به منبهاً عليه ، فإن العقل لايكون مستقلا بذلك ، بل هو مهتد فيه بالأدلة الشرعية . وعن الثانى بأن العقل لا يخصص ، وإن خصص فليس معنى تخصيصه أنه يتصرف فى اللفظ المقصود به ظاهره ، بل هو مبين أن الظاهر غير مقصود فى الخطاب وعن الثالث بأن الإلحاق قياس ، والتخصيص فهم للفظ لا إخراج منه ، كما فى إلحاق كل مشوش بالغضب ، وإخراج الغضب اليسير ، وجواز القضاء معه ، فى قول الرسول لا يقضى القاضى وهو غضبان المرجع السابق .

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٧ .

(٢) « والدليل على ذلك أمور ، أحدها : أن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعى أهوائهم ، حتى يكونوا عباداً لله ، وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس ، وطلب منافعها العاجلة كيفما كانت ، وقد قال ربنا : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض » . والثانى : أن المنافع الحاصلة للمكلف مشوبة بالمضار عادة ، كما أن المضار محفوفة ببعض المنافع ، كما نقول إن النفوس محترمة محفوظة ومطلوبة الإحياء ، بحيث إذا دار الأمر بين إحيائها وإتلاف المال عليها ، أو إتلافها وإحياء المال ، كان إحياؤها أولى . فإن عارض إحياءها إماتة الدين كان إحياء الدين أولى وإن أدى إلى إماتتها كما جاء فى جهاد الكفار ، وقتل المرتد ، وغير ذلك ، وكما إذا عارض إحياء نفس واحدة إماتة نفوس كثيرة فى المحارب مثلا ، كان إحياء النفوس الكثيرة أولى . وكذلك إذا قلنا الأكل والشرب فيه إحياء النفوس ، وفيه منفعة ظاهرة مع أن فيه من المشاق والآلام فى تحصيله ابتداء ، وفى استعماله حالا ، وفى لوازمه وتوابعه انتهاء ، ومع ذلك فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم ، وهو جهة المصلحة التى هى عماد الدين والدنيا ، لا من حيث أهواء النفوس .

والثالث : أن المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية ، ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار فى حال دون حال ، وبالنسبة لشخص دون شخص أو وقت دون وقت ... وهذا كله يبين فى كون المصالح والمفاسد مشروعة أو ممنوعة لإقامة هذه الحياة لا لنيل الشهوات .

والرابع : أن الأغراض فى الأمر الواحد تختلف ، بحيث إذا نفذ غرض بعض وهو منتفع به تضرر آخر لمخالفة غرضه ، فحصول الاختلاف فى الأكثر يمنع من أن يكون وضع الشريعة على وفق الأغراض ، وإنما يستتب أمرها بوضعها على وفق المصالح مطلقاً ، وافقت الأغراض أو خالفتها المرجع السابق .

ولقد عرض الشاطبي للاستدلال المرسل كأصل من أصول الفقه في كتابيه : الموافقات في أصول الشريعة والاعتصام . وفي الموضعين كان يبدو حريصاً على أن يرد هذا النوع من الاستدلال إلى النصوص الشرعية ، منها يؤخذ وإليها يرد ، وبذلك أبعد عن إمام دار الهجرة أنه يحكم المصالح التي يراها في نصوص الشرع .

وسوف نعرض ما كتبه الشاطبي في المصلحة في كتابه الموافقات أولا ، ثم في الاعتصام ثانياً .

الفرع الأول

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الموافقات

تطبيقاً لنظرية قطعية أصول الفقه ، قرر الشاطبي أن الاستدلال المرسل أصل من أصول الفقه ، وقاعدة من قواعده ، وإذا كان كذلك ، فهو أصل قطعي ، ودليل أخذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد اليقين ، فالبناء عليه ، والتفريع على أساسه ، بناء على أصل كلي ، ودليل قطعي ، ولا أجد عبارة أقوى ولا أفصح من عبارة هذا الإمام الجليل في عرض هذا الأصل ، يقول رحمه الله : « كل أصل شرعي ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ، ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به . لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها . . . ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلي ، والأصل الكلي ، إذا كان قطعياً ، قد يساوي الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه ، كما أنه قد يكون مرجوحاً في بعض

المسائل ، حكم سائر الأصول المعينة المتعارضة فى باب الترجيح ، وكذلك أصل الاستحسان ، على رأى مالك ، يبنى على هذا الأصل ، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس »[1] .

ويؤخذ من هذا النص ما يأتى :

١ — أن المصلحة المرسلة ، عند الشاطبي ، هى المصلحة التى لم يشهد لها نص معين ، ولكنها ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وبذلك يكون الشاطبي قائلا بحجية ملائم المرسل ، الذى عبر عنه الغزالى بأنه المناسب الذى يلائم تصرفات الشرع ، ولكن لم يشهد له أصل معين ، وليس قائلا بالمصلحة بمعنى غريب المرسل الذى لا يلائم ، ولا يشهد له أصل معين.

٢ — ينسب هذا القول إلى الشافعى رضى الله عنه ، وإلى الإمام مالك .

أما الشافعى فسنرى أن من كتبوا فى الأصول من الشافعية يتفقون على الأخذ بملائم المرسل ، وهو المناسب الذى يلائم ولا يشهد له أصل معين ، وإن كان بعض الشافعية يحكى الخلاف فى غريب المرسل وينسبون القول به إلى بعض الأئمة ، إلا أنهم يتفقون على القول بأنه ليس حجة عندهم . وهذا يؤيد نسبة الشاطبي هذا القول إلى الشافعى رضى الله عنه ، وأما بالنسبة إلى الإمام مالك رضى الله عنه ، فإن القول بالمصالح المرسلة قد اشتهر عنه ، والشاطبي هنا يؤكد أن المصلحة التى يقول بها مالك هى ملائم المرسل ، أى المناسب الذى يلائم ولا يشهد له أصل معين ، وليس كما يقول البعض بأن مالكا يأخذ بغريب المرسل .

٣ — أن ملاءمة المصلحة لتصرفات الشرع لا تعرف من دليل واحد ولا نص خاص . وإنما من جملة أدلة ، وعدة نصوص تفيد القطع بمجموعها ،

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٩ .

وإن لم تفد القطع بآحادها . وذلك دون اشتراط للتأثير الذى يقول به الحنفية ، فالأصل الذى يؤخذ فى الاستقراء ، لاستنباط المصلحة الكلية والأصل العام ، يكفى فيه أن يثبت الحكم مع الوصف وإن لم يدل النص ولا يقوم الإجماع على أن ذلك الوصف مناط الحكم . وذلك منه موافقة لمذهب الجمهور القائلين بأن ترتيب الحكم على الوصف يفيد ظن اعتبار الشارع له . أو بمعنى آخر أن الإخالة تفيد ظن الاعتبار، وبذلك يؤخذ مثل هذا الأصل فى استنباط المصلحة الكلية . أو ما أسماه الشاطبى الأصل الكلى .

٤ — يفرق الشاطبى بين الأصل الكلى ، وبين تحقيق مناطه فى أحد الجزئيات ، فالأصل الكلى هو المأخوذ بالاستقراء من عدة نصوص وأصول تفيد القطع فى مجموعها ، ولكن تحقيق مناط هذا الأصل الكلى فى أحد الجزئيات ظنى ، كالشأن فى تحقيق مناط أية علة ، ولو كانت ثابتة بالنص . وعلى هذا الأساس تكون المصلحة الجزئية المتحققة فى الفرع الذى يراد معرفة حكمه ، أو تحقيق مناط القاعدة فيه ، مصلحة ظنية .

فإذا قلنا إن المصلحة المرسلة دليل قطعى ، فمعنى هذا أننا نعنى المصلحة الكلية ، أو الأصل العام ، أو العام الاستقرائى ، وليس تحقيق مناطه فى أحد الفروع . وهذا كما يقال إن عام القرآن دليل قطعى ، ولكن دلالته على الأفراد ظنية كما يقول الجمهور وكما يقول الحنفية بالنسبة للعام ظنى السند أو قطعيه إذا خص بقطعى . أما إذا أطلقنا القول بأن المصلحة دليل ظنى فإننا نعنى بذلك تحقيق مناط الأصل الكلى فى أحد الجزئيات . فعلى سبيل المثال ، تقديم المصلحة الكلية على المصلحة الجزئية مصلحة قطعية كما يقول الغزالى ، وتطبيق هذا الأصل الكلى على مسألة الترس ، والقول بأن مناط هذه المصلحة الكلية أو الأصل العام متحقق فى المسألة ظنى لا قطعى ، وعلى كل حال ، فإن هذا لا يغير من الحقيقة — وهى أن العمل بالظن واجب شيئاً ويقال إن المصلحة المتحققة فى قتل الترس مصلحة جزئية

ظنية ، ولكن أصل تقديم الكلى على الجزئى أصل قطعى ، ومصلحة علم كونها مقصوداً للشارع بأدلة تفوق الحصر ، كما قرر الغزالى ، قال ولكن تحقيق هذه المصلحة ، أو هذا المقصود من طريق قتل مسلم برىء غريب لم يشهد له نص معين .

٥ — يرى الشاطبي أن الاستحسان المالكى ضرب من التعارض بين المصلحة المرسلة والقياس ، وتقديم لهذه المصلحة على القياس ، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس . وهذا يؤكد القول بأن المصلحة المرسلة تعارض القياس وتقدم عليه ولكنها لا تناقض النص الشرعى كما سنرى .

٦ — وأخيراً يرد الشاطبي على اعتراض حاصله : إن الشرع وإن اعتبر كلى المصلحة من أين يعلم اعتباره لهذه المصلحة الجزئية المتنازع فيها ؟ ومعنى هذا الاعتراض أن الأدلة قامت على أن المصلحة العامة تقدم على الخاصة مثلا ، وذلك فى منع بيع الحاضر للبادى رعاية لمصلحة أهل السوق . وكذلك المنع من تلقى الركبان لمصلحة أهل الحضر ، وغير ذلك من الجزئيات التى تفيد أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع . فإذا منعنا مسلماً من إقامة مصنع فى جهة آهلة بالسكان ، أو فرضنا عليه قيوداً معينة فى استعمال ملكه مراعاة لمصلحة الجماعة ، فكيف نعرف أن الشارع قصد تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد فى صورة المنع من بناء المصنع أو تقييد البناء ؟

والشاطبي يرد على هذا الاعتراض بالقوة المعهودة فيه قائلا « إن الأصل الكلى إذا انتظم فى الاستقراء يكون كلياً جارياً مجرى العموم فى الأفراد »[١] .

(١) الموافقات ج ١ ص ٤١ .

ويزيد هذا المعنى وضوحاً فيقول : « إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها ، وإن كانت خاصة ، بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى، من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذا صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة »[1] .

٧ — فالمصلحة المرسلة ، باعتبارها أصلا كلياً ، عام استفيد من استقراء نصوص الشريعة . ولقد قرر الشاطبي أن العام المستفاد من استقراء نصوص الشريعة يجرى فى قوة الاحتجاج به مجرى العام المستفاد من الصيغة فيقول : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط ... بل من استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه فى الذهن أمر كلى عام فيجرى فى الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغة » .

ومثل لذلك بقاعدة رفع الحرج فى الدين ، فقال : « فإنا نستفيده من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات ، متفقة فى أصل رفع الحرج ؛ كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر فى السفر ، والجمع بين الصلاتين فى السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذى هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أى جهة عند تعسر استخراج القبلة والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ولرفع الضرر ، والعفو فى الصيام عما يعسر الاحتراز عنه من المفطرات ، كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج فإذا تم للمجتهد هذا الاستقراء فإنه يطبق هذا العموم

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٣٠٤ .

الاستقرائي على كل ما تحقق فيه مناطه ، تماماً كما يفعل فى العموم اللفظى ».
يقول الشاطبي بعد أن أثبت أن رفع الحرج مقصود للشارع : « فإنا نحكم بمطلق رفع الحرج فى الأبواب كلها ، عملا بالاستقراء فكأنه عموم لفظى »[١] .

ولقد ذكر الشاطبي فى الموافقات نوعين آخرين من المصالح ، قطع برد أحدهما ، وجعل الآخر فى محل الاجتهاد ثم رجح الأخذ به . أما النوع الأول فهو المصالح التى تناقض النص . ويدخله الشاطبي تحت الظنى الذى يعارض أصلا قطعياً ، ولا يشهد له أصل قطعي فيقول: «أما الظنى المعارض لأصل قطعي ، ولا يشهد له أصل قطعي فمردود بلا إشكال ، وقد مثلوا هذا القسم فى المناسب الغريب[٢] بمن أفتى بإيجاب شهرين متتابعين ابتداء على من ظاهر من امرأته ولم يأت الصيام فى الظهار إلا لمن لم يجد رقبة». ثم يقيم الدليل على أن غريب المرسل إذا عارض النص القطعي يرد فيقول : « إنه مخالف لأصول الشريعة ، ومخالف أصولها لا يصح ، لأنه ليس منها »[٣] .
فإذا استنبط المجتهد أن مناط الكفارة هو الزجر ، ثم أراد أن يعمل هذا المناط فى الإخراج من النص ، واستثناء الملك من الحكم الذى يدل عليه ، كان مقدماً لظن على قطع ، وهذه مخالفة لأصول الشريعة ، فى حين أنه إذا استنبط أن مناط المنع من الميراث هو العدوان ، ثم استعمل هذا المناط فى إخراج القاتل خطأ أو بحق ، فإن اجتهاده هذا غير مخالف لأصل قطعي ،

---

(١) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٩٩ .

(٢) الشاطبى يطلق على المناسب الملغى أو المصلحة التى شهد النص بإلغائها ، عبارة المناسب الغريب . وهذا مجرد اصطلاح له ، فكان المناسب الغريب عنده قسمان : قسم عارض نصاً أو أصلا قطعياً ، فيلغى وهو المصلحة الملغاة ، وقسم لم يعارض أصلا قطعياً ، فيؤخذ به من باب القياس كما سيأتى له وهذا القسم الأخير هو الذى عبر عنه الأصوليون بالإخالة، وهو استنباط مناط الحكم بالاجتهاد ، إذا لم يوجد نص ولا إجماع على هذا المناط .

(٣) الموافقات ٣ : ١٧ .

لأنه ليس اجتهاداً على خلاف نص قطعى ، بل إنه تفسير للنص بالمعنى المتبادر منه .

أما النوع الثانى من المصالح فهو المناسب الغريب الذى لم يعارض أصلا قطعياً . وقد قرر الشاطبى أن المناسب الغريب ظنى لا يشهد له أصل قطعى ، ولا يعارض أصلا قطعياً ، وهو ما يعبر عنه الأصوليون بأنه ماثبت اعتبار عينه فى عين الحكم بمجرد ترتيب الحكم على وفقه . وقد قال كما قال الغزالى إنه فى محل النظر . ثم يوجه القول بأنه حجة فيقول : « العمل بالظن على الجملة ثابت فى تفاصيل الشريعة ، وهذا فرد من أفراده ، وهو وإن لم يكن موافقاً لأصل ، فلا مخالفة فيه أيضاً ، فإن عضد الرد عدم الموافقة ، عضد القبول عدم المخالفة ، فيتعارضان ويسلم أصل العمل بالظن . . . وقد أعمل العلماء المناسب الغريب فى أبواب القياس » .

وسوف نرى أن بعض المالكية كالقرافى يدخل هذا النوع من الاجتهاد تحت اسم المصالح المرسلة . حيث إن العلة تثبت بمجرد الاستنباط ، دون أن يدل عليها نص معين . ولكن جمهور الأصوليين يسمون ذلك باستخراج المناط أو الإخالة ، ولا يكون فيه خلافاً بين الفقهاء إلا مانسبه بعض كتاب الأصول إلى الحنفية أنهم لا يأخذون به ، ويشترطون النص أو الإجماع على العلة ، وسوف نرى أن نسبة هذا إلى الأحناف لا تتفق مع الواقع الذى ثبت فى فروعهم .

والخلاصة أن المصلحة المرسلة مصلحة تدخل تحت أصل شرعى مأخوذ من استقراء النصوص الشرعية ، وهى حجة قطعاً ، وأن المصلحة الغريبة التى أخذت بطريق الاستنباط من النص ، إن ناقضت النص ردت كما فى كفارة الملك بالصوم بدل العتق ، وأما إذا لم تناقض نصاً ، كما فى القول بأن مناط المنع من الميراث فى قول الرسول : « لا ميراث لقاتل » هو العدوان

ثم إخراج القتل قصاصاً، أو خطأ، من القتل المانع، فإنه يؤخذ بها كدليل ظني. وقد عرفت أن عبارة المناسب الغريب الذى يناقض نصاً أو لا يناقضه، مجرد اصطلاح استعمله الشاطبي فى الموافقات، وجمهور الأصوليين يسمون المناقض للنص، مناسباً ملغياً، والآخر، مناسباً غريباً. والخلاف فى الشكل لا فى الجوهر.

الفرع الثانى

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الاعتصام

لقد عرض الشاطبي للمصلحة المرسلة بشكل أكبر، وبصورة أوسع، فى كتاب الاعتصام، وذلك بمناسبة التفرقة بين البدع والمصالح المرسلة، والرد على من تعلقوا بالمصالح المرسلة كحجة لهم على تبرير البدع التى تعد قولا بالرأى المجرد، وتشريعاً بالتشهى، فبين رحمه الله أن لا متعلق لمبتدع بالمصالح المرسلة، لأنها مصالح تعتمد على النصوص، منها تؤخذ، وإليها ترد، وهى جارية على سنن المناسبات المعقولة، التى تصرف الشارع على وفقها، وراعاها فى تشريع الأحكام.

ولقد بدأ الشاطبي بتقسيم المعنى المناسب، الذى يظن المجتهد أن فى تشريع الحكم بناء عليه وربطه به مصلحة تدخل تحت المقاصد الشرعية العامة، ثم بين ما يطلق عليه المالكية عبارة المصالح المرسلة من هذه الأقسام، راداً بعض المصالح التى نسب البعض القول بها إلى مالك رضى الله عنه، مع أن مالكا منها براء، وسوف نرى أن كلامه فى المصالح هنا لا يختلف عن كلامه فى المصالح فى الموافقات، إلا أنه فصل هنا ما أجمله هناك، وأكثر من التمثيل له والتفريع عليه.

وإليك نص الشاطبي فى هذا التقسيم، ثم النتائج التى تؤخذ منه:

أولا — نص الشاطبي :

يقول الشاطبي رضى الله عنه[1] : « المعنى المناسب الذى يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشهد الشرع بقبوله ، فلا إشكال فى صحته ، ولا خلاف فى إعماله ، وإلا كان مناقضة للشريعة ، كشريعة القصاص حفظاً للنفوس والأطراف وغيرها .

والثانى : أن يشهد الشرع برده ، فلاسبيل إلى قبوله إذ المناسبة لا تقتضى الحكم بنفسها ، وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلى ، بل إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره فى اقتضاء الأحكام فحينئذ نقبله . فإن المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته فى حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى ، بل برده ، كان مردوداً باتفاق المسلمين ، ثم مثل له بمن أفتى ملكا جامع فى نهار رمضان بالصوم مع قدرته على عتق الرقبة ، زجراً له عن هذا الفعل فقال : « فهذا المعنى مناسب ، لأن الكفارة مقصود الشرع منها الزجر ، وهذه الفتيا باطلة . لأن العلماء بين قائلين : قائل بالتخيير ، وقائل بالترتيب ، فيقدم العتق على الصيام ، فتقديم الصيام بالنسبة إلى الغنى لاقائل به » .

« الثالث : ماسكتت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه ، فهذا على وجهين :

أحدهما : أن يرد نص على وفق ذلك المعنى ، كتعليل منع القتل للميراث ، فالمعاملة بنقيض المقصود ، تقدير أن لم يرد نص على وفقه مناسب

---

(١) الاعتصام ٢ : ١١١ — ١٢٥ .

غريب، فإن هذه العلة لا عهد بها فى تصرفات الشرع بالفرض، ولا بملائمها، بحيث يوجد لها جنس معتبر، فلا يصح التعليل بها، ولا بناء الحكم عليها باتفاق، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله.

والثانى: أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلة، التى ذهب مالك إلى اعتبارها».

وبعد أن يسرد بعض الأمثلة التى أخذ فيها مالك بالمصلحة المرسلة يقول: «فهذه أمثلة عشرة توضح لك الوجه العملى فى المصالح المرسلة، وتبين لك اعتبار أمور:

أحدها: الملاءمة لمقاصد الشارع بحيث لا تنافى أصلا من أصوله، ولا قاعدة من قواعده».

ويقول فى بيان الفرق بين البدع والمصالح المرسلة:

«وأيضاً فإن البدع فى عامة أمرها لا تلائم مقاصد الشرع، بل إنما تتصور على أحد وجهين: إما مناقضة لمقصوده، كما تقدم فى مسألة المفتى للملك بصيام شهرين متتابعين، وإما مسكوتاً عنه فيه، كحرمان القاتل ومعاملته بنقيض مقصوده، على تقدير عدم النص به، وقد تقدم الإجماع على اطراح القسمين وعدم اعتبارهما، ولا يقال إن المسكوت عنه يلحق بالمأذون فيه. إذ يلزم من ذلك خرق الإجماع لعدم الملاءمة»[1].

ثانيا — ما يؤخذ من هذا النص:

والذى يؤخذ من هذا النص أمور:

١ — أن المعنى المناسب الذى سكتت عنه الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه ينقسم عند المالكية قسمين:

---

(١) راجع الاعتصام ٢: ١١١ — ١٣٥.

أحدهما : أن يكون هذا المعنى ملائماً لتصرفات الشرع ، بمعنى أن يوجد له جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، وهذا هو الذى يطلق عليه المالكية الاستدلال المرسل ، أو المصلحة المرسلة ، وهو الذى يجوز الحكم بمجرده دون الأصل الذى يشهد لعين المعنى .

وثانيهما : أن يكون هذا المعنى غير ملائم لتصرفات الشارع ولا داخلا تحت جنس مأخوذ معناه من مجموع أدلته . وهذا لا يسمى مصلحة مرسلة ، ولا يجوز الحكم بمجرده ما لم يرد نص على وفقه ، كالنص الوارد بمنع القاتل من الميراث ، فإن المعنى فيه هو المعاملة بنقيض المقصود ، وهذا المعنى وإن لم يلائم جنس تصرفات الشرع ، إلا أن ورود النص على وفقه يجعله حجة ، ويقبل فى باب القياس ، أما إذا لم يرد هذا النص ، فإنه لا يجوز حرمان القاتل لهذا المعنى أو تلك المصلحة .

٢ ــ أن الإجماع على عدم الاحتجاج بالمصلحة المسكوت عنها فى الشرع ، كالمصلحة المناقضة لمقصوده ، سواء بسواء ، وأن ذلك ليس رأياً المالكية وحدهم ، وإنما أجمع الفقهاء على أن المصالح الملغاة بنص خاص ، والمسكوت عنها فى الشرع ، أى الغريبة غير الملائمة ، لا يؤخذ بها ، ولا يفرع على وفقها ، لأن ذلك تشريع من القائل به بالرأى فلا يمكن قبوله . وما قاله الشاطبى حق ، وإن لم يثر خلاف فى ذلك بالنسبة للأئمة الثلاثة ، وإنما شكك البعض فى هذه الحقيقة بالنسبة للإمام مالك رضى الله عنه فنسبوا إليه القول بالمصالح التى سكت عنها الشرع ، بل ونسبوا إليه أنه يخصص بها نص الكتاب والسنة ، ويرد بها خبر الآحاد . وهذا لا يمكن تصوره فضلا عن قبوله من إمام دار الهجرة الذى كرس حياته للدفاع عن السنة ، ومحاربة البدع الدخيلة على الدين ، وهذا كاتب مالكى يصرح بإبعاد هذه التهمة عن مالك فيقول المصلحة عن الغريبة : «فالمعاملة بنقيض المقصود تقدير أن لم يرد نص على وفقه علة لا عهد بها فى تصرفات الشرع بالفرض ،

ولا بملائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر ، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله » .

ثم يقول : «فإن البدع فى عامة أمرها لاتلائم مقاصد الشرع ، بل إنما تتصور على أحد وجهين : إما مناقضة لمقصوده وإما مسكوت عنه فيه ، وقد تقدم الإجماع على اطراح القسمين وعدم اعتبارهما » .

ثم يرد على اعتراض حاصله: « أن المسكوت عنه وهو المصلحة الغريبة يلحق بالمأذون فيه . فيقول : « إنه يلزم من ذلك خرق الإجماع لعدم الملاءمة » .

وإذن فالمصلحة المرسلة مصلحة اعتبرها الشارع . وشهدت لها نصوصه وأخذت من مجموع أدلته ، فهى مصلحة لا تعدم الأصول الشرعية ، ولافرق بينها وبين القياس إلا أن القياس شهد فيه النص لعين المصلحة ، والمصلحة المرسلة شهدت النصوص الكثيرة لجنسها ، والأصول الكثيرة إذا اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه القطع ، فإن هذا المعنى لايقل قوة عن المعنى الذى شهد نص واحد لعينه ، إذا أريد إرجاع مصلحة جزئية إلى هذا المعنى .

٣ — حرص الشاطبى على أن يصرح بأن المصلحة التى لا تلائم تصرفات الشرع مصلحة مسكوت عنها ، ومعنى هذا أن المصلحة المرسلة ليست مصلحة مسكوتاً عنها ، بل مصلحة اعتبرتها الشريعة بجملة نصوص ومجموع أدلة ، ووصف كتاب الأصول المصلحة الملائمة بالإرسال بمجرد اصطلاح قصد منه التفرقة بين الاستدلال المرسل والقياس ، إذ للقياس أصل معين يشهد لعين المصلحة ، فى حين أن الاستدلال المرسل توجد فيه أصول غير معينة ، بمعنى أنها لم تشهد لعين المصلحة ، وإنما شهدت لجنسها بالاعتبار .

وعلى ذلك فإنه يلزم للمجتهد الذى يدعى أن هناك مصلحة توجب إعطاء الواقعة حكماً معيناً أن يثبت أن لهذه المصلحة جنساً اعتبره الشارع بنصوص شرعية ، وأن يقدم النصوص ، وإلا فهو تشريع منه بالرأى ، وقول بالتشهى ، وهو ابتداع فى الدين ، وكل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، كما قال الرسول عليه السلام .

٤ — تنقسم المصلحة التى لم يلغها الشارع بنص معين إلى أقسام ثلاثة :

الأولى : مصلحة معتبرة ، وهى التى شهد النص لعينها .

والثانية : مصلحة مرسلة ، وهى التى شهد الشرع لجنسها .

والثالثة : مصلحة مسكوت عنها فى الشرع ، وهى التى لم يشهد الشرع لنوعها ولا لجنسها بالاعتبار ، ولم يلغها بنص معين .

وتقسيم المالكية للمصلحة يلتقى مع تقسيم الغزالى الشافعى رضى الله عنه، فالغزالى يقسم المصلحة أقساماً أربعة : مصلحة شهد بها النص المعين ، وقرر أنها محل اجتهاد عند القائسين ، ومصلحة لم يشهد لها النص المعين ، ولكنها تلائم تصرفات الشرع ، وهى المصلحة المرسلة ، ومصلحة لا تلائم ولا يشهد لها نص معين ، وهى المصلحة التى ترادف الاستحسان ، وحكى الاتفاق على ردها من جمهور القائسين ، ومصلحة اجتمع فيها الملاءمة وشهادة الأصل المعين، وقد قرر اتفاق جمهور القائسين على الأخذ بها . يقول الغزالى بعد تقسيمه الوصف المناسب : «وقد خرج على هذا أن المعنى بالملاءمة وشهادة الأصل المعين أربعة أقسام : ملائم يشهد له أصل معين يقبل قطعاً عند القائسين ، ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائسين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، ومثاله حرمان القاتل لو لم يرد فيه نص لمعارضته بنقيض قصده ، فهذا وضع للشرع بالرأى ، ومناسب يشهد له أصل معين ، لكن لا يلائم فهو فى محل الاجتهاد .

وملائم لا يشهد له أصل معين وهو الاستدلال المرسل، وهو أيضاً في محل الاجتهاد »[1] .

فالمناسب الذي يلائم ولا يشهد له أصل معين هو المصلحة المرسلة عند الغزالي كالشاطبي . والمناسب الذي لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، هو المصلحة المسكوت عنها عند المالكية ، وأما المصلحة التي يشهد لها النص المعين فقد قسمها الغزالي قسمين : ما اجتمع فيه الملاءمة والأصل المعين ، وما وجد فيه الأصل المعين فقط

وعلى الجملة : فالمناسب الذي يلائم ولا يشهد له أصل معين في كلام الغزالي هو المصلحة التي تلائم تصرفات الشارع في كلام الشاطبي، والمناسب الذي لا يلائم ولا يشهد له الأصل المعين في كلام الغزالي هو المصلحة المسكوت عنها في كلام الشاطبي . وأما المصلحة التي يشهد لها النص المعين عند الشاطبي ، فهي في كلام الغزالي قسمان : مناسب شهد له الأصل المعين ولا يلائم ، ومناسب اجتمع فيه الملاءمة وشهادة الأصل المعين، والشاطبي لم يفصل بين القسمين .

وعلى ذلك فإننا نستطيع أن نجمل ماتقدم في القول بأن الإمام مالكاً رضي الله عنه لم يقل بالمصلحة الغريبة التي لا تلائم جنس تصرفات الشارع، ولا تشهد لها نصوصه وأدلته ، بل إنه يعتبر المصلحة الغريبة قولا بالرأي وتشريعاً بالهوى والتشهي ، وأنه إذا كانت المصلحة المرسلة مصلحة شهدت لها الأصول الشرعية فهي إذن ليست شيئاً خارجاً عن هذه الأصول ، وإذا كان القياس هو استدلال بمعقول النص والإجماع كما يقول الغزالي ، فإن الاستدلال المرسل استدلال بمعقول عدة نصوص ومجموع أدلة اتفقت على جنس المصلحة ، بل إن القياس فيها ممكن بنوع من التكلف

---

(١) المستصفى ج ٢ ص ٣٠٥ .

كما فعل بعض كتاب الأصول من الشافعية وغيرهم إذ أجروا القياس فى المصالح التى اعتبر الشارع جنسها كاعتبار المظنة فى الأحكام والمشقة فى التيسير وغير ذلك .

وعلى ذلك فإنه إذا قيل إن مالكاً يخص النص بمثل هذا المعنى فإنه يجب أن يكون مفهوماً أن هذا تجوز فى القول ، إذ المخصص هو هذه النصوص الكثيرة التى شهدت لجنس المصلحة ، كما كان المخصص للنص ليس هو القياس فى الواقع ونفس الأمر وإنما هو النص الذى أثبت حكم الأصل ، وكان القياس استدلالا بمعقوله ،كما كان حكم الأصل استدلالا بلفظه . ولكن الذين يقولون بأن مالكاً يخصص النص بالمصلحة إنما يقصدون المصلحة التى تقابل النصوص الشرعية وتعارضها ، أى المصلحة الغريبة التى لا تشهد لها النصوص ، ولا يؤخذ معناها من مجموع الأدلة ، ومثل هذه المصلحة ليست حجة عند مالك فضلا عن أن يعارض بها نصوص الكتاب والسنة ، أو يترك بها خبر الآحاد . وسوف نفصل القول فى ذلك عند الكلام على علاقة المصلحة بالنصوص الشرعية .

المبحث الثانى

تطبيقات على المصلحة المرسلة

تمهيد :

الغرض من هذا المبحث هو إجراء طريقة الاستدلال المرسل على الفروع التى رويت عن مالك أو أحد من أصحابه ، وكان سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة . وهدفى من هذا إثبات وتأكيد أن الاستدلال المرسل ليس استدلالا بمصلحة مجردة يراها العقل ، وإنما هو طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، مضمونها أن الفرع أو الواقعة وإن لم

يشهد له نص معين ، فقد شهد له أصل كلى ، علمت ملاءمته لتصرفات الشرع من مجموع نصوصه .

وعلى هذا الأساس ، فإنى أبدأ بذكر الأصل الشرعى الـكلى ، مع بيان الأدلة على اعتبار الشرع له ، ثم أردف ذلك ببيان الفروع التى تدخل تحت هذا الأصل ، وبعبارة أخرى ، أبدأ ببيان جنس المصلحة الذى تعد مصلحة الواقعة المعروضة نوعاً منه ، مع بيـان أدلة اعتبار الشارع لهذا الجنس ، ثم أبين وجه رجوع المصلحة الجزئية إلى هذا الجنس ، ودخولها تحته .

وفى هذا الخصوص أكتفى بذكر المصالح الـكلية الآتية :

١ — اعتبار المظنة فى الأحكام ، فهذا أصل شرعى ، أومصلحة كلية ، يتفرع عليها الحـكم بجلد الشارب ثمانين .

٢ — وجوب تقديم المصلحة العامة على الخاصة ، وسوف نرى أن تضمين الصناع ، والضرب بالتهم يدخل تحت هذا الأصل الذى قامت الأدلة الشرعية على اعتباره .

٣ — وجوب دفع أشد الضررين ، وإلى هذا الأصل يرجع جواز توظيف الخراج ، وبيعة المفضول مع وجود الأفضل .

٤ — وجوب المحافظة على النفس ، وإلى هذا الأصل يرجع الحـكم بقتل الجماعة بالواحـد ، وبجواز أكل ما زاد على الضرورة إذا عم الحرام الأرض .

٥ — مصادرة ما ارتـكبت به أو فيه الجريمة . وإلى هذا الأصل ترجع فتوى مالك بمصادرة الزعفران المغشوش ، والتصدق به على الفقراء ، وعليه تخرج إراقة عمر اللبن المغشوش .

أما المصالح غير الداخلة تحت جنس اعتبرته الشريعة ، والتى نسب إلى

مالك القول بها : فسوف نرى أن بعضها ليس من باب المصالح المرسلة ، وإنما من باب استنباط مناط الحكم بطريق الاجتهاد ، كالفتوى بجواز التسعير ، وتلقى الركبان ، فى بعض الحالات ، وبعضها ليس سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة أصلا ، بل العرف ، وذلك كفتوى مالك بعدم إلزام الزوجة الشريفة بالإرضاع ، وبعضها مصالح تشهد النصوص لأعيانها ، كالأكل من الغنيمة عند الحاجة ، وقطع شجر الحرم المؤذى .

وسوف أجرى طريقة الاستدلال المرسل على الفروع المروية عن مالك رضى الله عنه ، فى الفرع الأول من هذا المبحث ، ثم أتبع ذلك بذكر نتيجتين هامتين هما خلاصة دراستنا لهذه التطبيقات ، فى فرع ثان .

الفرع الأول : إجراء طريقة الاستدلال المرسل على الفروع المروية عن مالك :

ذكر الشاطبى ، فى كتابه الاعتصام أمثلة عشرة للمصالح المرسلة ، وأجرى فى كل منها الاستدلال المرسل بما يثبت أن المصلحة التى يقول بها مالك رضى الله عنه ، مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، لا تنافى أصلا من أصوله ، ولا تناقض دليلا من أدلته . وأنها ليست من المصالح المسكوت عنها فى الشرع والتى يكون الأخذ بها قولا بالرأى ، وتشريعاً بالهوى والتشهى .

ولقد رأينا الشاطبى يقرر أن كل أصل شرعى ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ، ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها ، ثم قرر أن ضرب الاستدلال المرسل الذى اعتبره مالك يدخل تحت هذا ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه

بحسب قوة الأصل المعين وضعفه[١].

وعلى هذا فإن الاستدلال المرسل عند مالك يتحقق : إذا وجد أصل شرعى كلى لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشارع ومأخوذاً معناه من أدلته ، ووجد فرع يعد جزئياً من هذا الأصل الكلى أو فرداً من أفراد العام الاستقرائى ، لا يمكن معرفة حكمه من النص ، ولا من معقول نص بطريق القياس . والمالكية يعبرون أحياناً عن المصلحة المتحققة فى الفرع بأنها مرسلة بمعنى عدم شهادة الأصل المعين لعينها ، ولكن بعض المالكية كالشاطبي يطلق كثيراً المصلحة المرسلة على الأصل الكلى ، أو العام الاستقرائى ، أو الجنس الذى اعتبره الشارع نفسه ، على أساس أن هذا الأصل أو الجنس لم يدل عليه نص معين ، بل أخذ معناه ، وعرفت ملاءمته من مجموع نصوص وجملة أدلة لا يدل كل نص منها عليه بانفراده .

ولذلك فإنه عند عرض الأمثلة لطريقة [illegible] إجراء الاستدلال المرسل ، يجب أولا بيان الأصل الشرعى أو العام الاستقرائى ، وإثبات أن هذا الأصل وإن لم يشهد له نص معين ، فقد شهدت جملة نصوص لملاءمته لجنس تصرفات الشارع ، ثم بيان الفرع الذى يراد معرفة حكمه أو الاستدلال على حكمه بطريق الاستدلال المرسل ، مع بيان أن هذا الفرع يدخل تحت الأصل الكلى أو العام الاستقرائى بعد إثبات أنه لا يؤخذ حكمه من النص ولا من معقول النص بطريق القياس .

الأصل الأول : إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء .

هذه مصلحة كلية ، أو عام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع والدليل على ذلك ما يأتى :

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٣٩ .

١ — حرم الشارع الخلوة لأنها مظنة الزنا ، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة حكم المظنون .

٢ — جعل الشارع الإيلاج فى أحكام كثيرة يجرى مجرى الإنزال كإيجاب الغسل وغيره ، وفيه إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطائه حكمه .

٣ — جعل الحافر للبئر فى محل العدوان وإن لم يكن ثم مرد كالمردى نفسه . وهو إقامة للسبب مقام المسبب ، وإعطاء المظنة حكم المظنون .

٤ — وكذلك نهى النبي عليه السلام عن الخليطين[1] ، وعن شرب النبيذ بعد ثلاث ، وعن الانتباذ فى الأوعية التى لا يعلم بتخمير النبيذ فيها ، وبين عليه السلام أنه إنما نهى عن بعض ذلك لأنه مظنة للسكر المحرم فقال : « لو رخصت فى هذه لأوشك أن يجعلوها مثل هذه »[2] .

٥ — ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن سفر المرأة دون محرم ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وقال : إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ، وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة فى عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعى النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم .

٦ — ونهى عن البيع والسلف ، وعن هدية المديان ، وعن ميراث القاتل . وكل ذلك فيه إقامة للسبب مقام المسبب ، وإعطاء مظنة الشيء حكم الشيء نفسه ، فسفر المرأة دون محرم مظنة الزنا فمنع ، والخطبة فى العدة مظنة أن تكذب المرأة فى العدة فأعطى الشارع حكم المظنون للمظنة فمنع من التصريح بالخطبة ،

---

(١) عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً ، رواه الجماعة إلا الترمذى — نيل الأوطار جزء ٩ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٢ رواه النسائى .

ونكاح المحرم مظنة لأن يفسد الحج بالوطء قبل التحليل لمحرم ، إقامة للمظنة مقام المظنون ، وإقامة الحدود مظنة للزجر عن ارتكاب أسبابها وإن لم يحصل الزجر بها فى الواقع ، ولكننا أقمنا المظنة مقام المظنون .

وعلى هذا فإقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء أصل كلى وعام أخذ معناه من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء الذى يفيد القطع ، ويطلق عليه الشاطبي أحياناً المصلحة المرسلة ، على أساس أن إقامة المظنة مقام المظنون لم يؤخذ من نص واحد ، ولم يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه واستناده إليه ، وإنما أخذ من عدة نصوص ومجموع أدلة ، أفادت فى مجموعها القطع به ، وأنه ملائم لتصرفات الشارع ، وأنه معتبر فى الدين ، وذلك بتفريع الشارع على أساسه وبناء الأحكام عليه . كما يسمى مقصوداً شرعياً علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة وتفاريق الأمارات ، ومختلف الدلالات كما يعبر عنه الغزالى .

تطبيق هذا الأصل :

حد الشرب : لم يكن للشرب حد مقدر فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير ، وفى زمن أبى بكر قدره رضى الله عنه بأربعين على طريق النظر ، فلما كان فى زمن عثمان تتابع الناس فيه فجمع عثمان الصحابة رضى الله عنهم واستشارهم ، فقال على رضى الله عنه : من سكر هذى ، ومن هذى افترى ، فأرى عليه حد المفترى .

فأنت ترى الإمام علياً رضى الله عنه قد جعل شرب الخمر جزئياً للأصل الشرعى الكلى وفرداً من أفراد العام الاستقرائى ، لأن الشرب مظنة القذف ، وحيث إن الشارع أقام المظنة مقام المظنون ، تكون المصلحة التى رآها مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع ، وداخلة تحت جنس شهدت له النصوص وقامت عليه الأدلة . فالمصلحة فى جلد شارب الخمر ثمانين إذن مصلحة

ملائمة لجنس تصرفات الشارع وليست مصلحة حكم بها العقل ، حتى تكون شرعاً بالرأى ، أو تفريعاً بالهوى والتشهى . فالاستدلال على إعطاء الشرب حكم القذف فى الواقع استدلال بنصوص شرعية تفوق الحصر ، ولكن العلماء اصطلحوا على تسمية هذا النوع من تطبيق النصوص أو أخذ حكم الفرع من معقول نصوص غير معينة استدلالا مرسلا ، وتعارفوا على إطلاق المصلحة المرسلة على المصلحة التى تعد جزئياً لأصل كلى ، أو لعام استقرائى ، أو داخلة تحت جنس شهدت له النصوص ، قاصدين بالإرسال: الإرسال عن النص المعين الذى يشهد لعين هذه المصلحة ، لا الإرسال عن النصوص الشرعية التى تشهد لجنسها . وفوق ذلك فهذه المصلحة كما ترى لا تعارض نصاً للشارع ، ولا تناقض دليلا من أدلته ، حتى تكون مصلحة ملغاة ، كما أنها ليست مسكوتاً عنها ، حتى تكون من المصالح الغريبة التى يكون القول بها والتفريع عليها قولا بالرأى وعملا بالهوى والتشهى . وذلك لأن النصوص الكثيرة وإن لم تدل على اعتبار عين مظنة القذف فى حكم القذف وهو الجلد ثمانين ، فقد دلت على اعتبار جنس هذه المصلحة وهو اعتبار المظنة مطلقاً فى الأحكام .

الأصل الثانى : تقديم المصلحة العامة على الخاصة .

هذا أصل شرعى ، وعام مأخوذ بطريق الاستقراء من نصوص الشريعة بطريق يفيد القطع . ومن الأدلة عليه ما يأتى :

١ — نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادى ، وقوله دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة هى مصلحة أهل الحضر ، وإن كان فيه تفويت مصلحة للبادى بتقديم النصح له ، وللحاضر إذا كان البيع بطريق الوكالة .

٢ — المنع من تلقى الركبان ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة هى مصلحة أهل

السوق على مصلحة خاصة هى مصلحة المتلقى فى أن يحصل على السلعة ، ويعيد بيعها بربح يعود عليه .

٣ – تحريم الاحتكار ، وإخراج الطعام من يد محتكرة قهراً ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة هى مصلحة الجماعة فى توفير الأقوات اللازمة لمعاشهم ، وإن كان تفويتاً لمصلحة خاصة هى مصلحة المحتكر فى الحصول على الربح .

٤ – اتفاق الصحابة على منع أبى بكر حينما ولى الخلافة من التجارة والتحرف ، ونفقته من بيت المال ، تقديماً لمصلحة عامة هى النظر فى مصالح المسلمين ، على مصلحة خاصة هى قيامه بالتجارة التى يريدها والحرفة التى يختارها .

٥ – قصة أبى طلحة فى تتريسه على الرسول ، وقوله نحرى دون نحرك حتى شلت يده ولم ينكر عليه الرسول ذلك . وذلك تقديم لمصلحة عامة هى حفظ حياة الرسول لحفظ الدين ، إذ فى فقده فوات مصالح الإسلام والمسلمين ، على مصلحة خاصة هى سلامة أبى طلحة رضى الله عنه .

٦ – جواز الحجر على السفيه تقديماً لمصلحة عامة ، هى حفظ مال الجماعة ، على مصلحة خاصة للسفيه ، وذلك على أساس أن للجماعة حقاً فى ماله ، وحقه قاصر على الإنفاق على نفسه وأسرته دون سرف أو تبذير ، فإن فعل كان مفوتاً لمصلحة الجماعة

فكل هذه الأدلة وغيرها مما لم يذكر تفيد بمجموعها أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع ، ولم يدل دليل منها على هذا الأصل بانفراده ، ولكن يؤخذ هذا المقصود من مجموع هذه النصوص وتلك الأحكام .

تطبيق هذا الأصل :

١ — تضمين الصناع : ولقد طبق المالكية هذا الأصل ، وأعملوا تلك القاعدة ، فى مسألة تضمين الصناع ، كما فعل الصحابة رضى الله عنهم . فلقد كان الصناع لا يضمنون ما بأيديهم من سلع إذا ادعوا تلفها ، ولا يكلفون بإقامة البينة على عدم التعدى أو التقصير ، وذلك فى وقت كان للدين فيه سلطان قوى على النفوس ، وكان الغالب عليهم الأمانة ، وأنهم لا يدعون الهلاك إلا إذا كان ناشئاً دون تعد أو تقصير ، ولذلك ألحقوا بطائفة الأمناء ، فلما فسدت الذمم وضعف سلطان الدين على النفوس ، وأصبح الغالب عليهم التعدى والخيانة ، بحيث يحال سبب الهلاك إلى التفريط وترك الحفظ ، قضى الصحابة بتضمين الصناع وقال على « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

ولكن لا يمكن القطع بأن كل تلف ناشىء عن تعد أو تقصير ، بل يجوز أن يكون هناك فى بعض الحالات تلف دون تعد أو تقصير من الصناع . وعلى ذلك فالقول بالتضمين وإن كان فيه مصلحة فى الغالب إلا أن فيه فوات مصلحة لبعض الصناع وهم الذين لم يحدث منهم تقصير أو تعد .

وهنا يقال : إنه إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت ، ووقوع التلف من الصناع من غير تعد ولا تفريط بعيد ، والغالب أن الفوت فوت الأموال ، وأنها لا تستند إلى التلف السماوى ، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط ، فتكون مصلحة أرباب السلع مصلحة عامة ، ومصلحة من يمكن أن يكون التلف منه دون تقصير مصلحة خاصة بفرد أو أفراد ، إذ الفرض أن الغالب عليهم التعدى والتقصير . وعندئذ تقدم المصلحة العامة على الخاصة .

ولذلك يقول الشاطبي في دليل تقديم المصلحة العامة ، وهي مصلحة أرباب السلع ، على المصلحة الخاصة ، وهي مصلحة بعض الصناع : وفي الحديث: « لاضرر ولاضرار » ، تشهد له الأصول من حيث الجملة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن يبيع حاضر لباد ، وقال دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض . وقال: لاتلقوا الركبان بالبيع حتى يهبط بالسلع إلى الأسواق ، وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فتضمين الصناع من هذا القبيل[1] .

والخلاصة أنه إذا كان الغالب على الصناع التعدى والتقصير، وأن دعواهم الهلاك بسبب سماوى في الكثير من الحالات دعوى تخالف الواقع ، وقد عرف ذلك منهم ، وأنه في الحالات القليلة النادرة يكون التلف دون تفريط أو إهمال ، فإننا نكون أمام مصلحتين ، مصلحة أرباب السلع في المحافظة على أموالهم ؛ وذلك بعدم تصديق مدعى الهلاك أو التلف في دعواه ، وهي مصلحة عامة مادمنا قد سلمنا أن الغالب في دعاوى الصناع الكذب ، وأن التلف عن تعد أو تقصير ، بحيث لو أعطى الصناع بدعاواهم هذه لأدى إلى ضياع الأموال ، أو إلى ترك الاستصناع . وفي الترك مشقة شديدة وحرج دائم . والمصلحة الأخرى ، مصلحة من يحتمل صدقه من الصناع ، وهي مصلحة خاصة ، مادمنا قد سلمنا أن الهلاك بسبب لا يرجع إلى الصانع نادر أو بعيد ، ولا بد لنا من الترجيح بين المصلحتين ، حفظ أموال الناس عامة ، وعدم الحكم بتضمين البرىء ، والصحابة رجحوا المصلحة العامة على الخاصة جرياً على عادة الشرع في تصرفاته في التشريع وتفريع الأحكام، فإن الشارع ما رجح مصلحة خاصة على عامة ، بل العكس ، رجح المصالح العامة على المصالح الخاصة وقد تقدم بعض الأدلة على ذلك .

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١١٩ .

على أنه إذا عاد سلطان الدين إلى النفوس ، وغلب على طبقة الصناع الأمانة ، وتبين أنهم صادقون فى دعواهم الهلاك دون تعد أو تقصير فى الكثير الغالب من الحالات ، فإنه يجب الحكم بعدم التضمين ، والتصديق فى دعوى الهلاك ، إذ مناط التضمين وعدمه هو الأمانة ، فإذا غلبت عليهم الأمانة كان الأصل أن أيديهم على الأمانة ، وإذا غلبت الخيانة ، كان الأصل فيهم الضمان ، فالمسألة غير منصوص على حكمها ، فيكون الواجب فيها تطبيق الأصل المتقدم فى جميع الحالات . فإذا غلب عليهم الأمانة كانت المصلحة العامة هى عدم تضمينهم ، وإذا غلبت عليهم الخيانة ، كانت المصلحة العامة فى تضمينهم .

٢ - الضرب بالتهم : يقول الشاطبي : « إن العلماء اختلفوا فى الضرب بالتهم . وذهب مالك إلى جواز السجن فى التهم ، وإن كان السجن نوعاً من العذاب ، ونص أصحابه على جواز الضرب ، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع ، فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم لتعذر استخلاص الأموال من أيدى السراق والغصاب ، إذ قد يتعذر إقامة البينة ، فكانت المصلحة فى التعذيب وسيلة إلى التحصيل بالتعيين أو الإقرار. فإن قيل : هذا فتح باب لتعذيب البرىء ، قيل : ففى الإعراض عنه إبطال استرجاع الأموال. بل الإضراب عن التعذيب أشد ضرراً ، إذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوى ، بل مع اقتران قرينة تحيك فى النفس ، وتؤثر فى القلب نوعاً من الظن ، فالتعذيب فى الغالب لا يصادف البرىء ، وإن أمكن مصادفته فتغتفر كما اغتفر فى تضمين الصناع .

« فإن قيل : لا فائدة فى الضرب ، وهو لو أقر لم يقبل إقراره فى تلك الحال ، فالجواب أن له فائدتين :

« إحداهما : أن يعين المتاع فتشهد عليه البينة لربه ، وهى فائدة ظاهرة .

« والثانية : أن غيره قد يزدجر حتى لا يكثر الإقدام فتقل أنواع هذا الفساد » .

« وقد عد له سحنون فائدة ثالثة وهى الإقرار حالة التعذيب بأنه يؤخذ عنده بما أقر فى تلك الحال ، قالوا وهو ضعيف ، فقد قال تعالى : « لا إكراه فى الدين » ولكن نزله سحنون على من أكره بطريق غير مشروع كما إذا أكره على طلاق زوجته ، أما إذا أكره بطريق صحيح فإنه يؤخذ به كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف فإنه مأخوذ به ، وقد تتفق له بهذه الفائدة على مذهب غير سحنون إذا أقر حالة التعذيب ثم تمادى على الإقرار بعد أمنه فيؤخذ به »(١).

وقد نقلت كلام الشاطبى فى هذا الفرع لتعلم منه أن المالكية يعدون الضرب أو السجن بالتهم مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ويرجعونها إلى أصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة . ولذلك يقول الشاطبى: « وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع . . . إذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوى ، بل مع اقتران قرينة تحيك فى النفس ، وتؤثر فى القلب نوعاً من الظن ، فالتعذيب فى الغالب لا يصادف البرىء ، وإن أمكن مصادفته فتغتفر ، كما اغتفر فى تضمين الصناع » .

فهم يعتقدون أنه ما دام الضرب لا يكون إلا لمن اتهم بالسرقة وقامت القرائن القوية على أنه يحترف بهذا الطريق ، وذلك من مخالطته لطائفة السراق ، وظهور الثراء عليه دون إبداء طريق مشروع لهذا الثراء وغير ذلك ، فإن الغالب أن من يعزر هو السارق . وفى الحالات النادرة ، يصيب هذا التعزير بريئاً من السرقة ، وعند ذلك نكون أمام مصلحتين : مصلحة عامة هى المحافظة على المال ، وهى مصلحة قطعية ومقصود شرعى عرف كونه

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٢٠ .

مقصوداً بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، ومصلحة خاصة هي مصلحة المتهم الذي يحتمل أن يصيبه التعزير وهو برىء ، وهنا يجب أن تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما هو الحال في تضمين الصناع ولذلك يقول : « فالتعذيب في الغالب لا يصادف البرىء ، وإن أمكن مصادفته فتغتفر كما اغتفر في تضمين الصناع » .

وإننا وإن كنا لا نوافق شيوخ المالكية على هذا ، ونرى عدم جواز حبس أو تعذيب بتهمة حتى تقوم البينة الشرعية للأسباب التي سنذكرها ، إلا أنه يجب تأكيد ما سبق قوله : وهو أن المالكية قالوا بهذا على أنه مصلحة تلائم تصرفات الشرع ، وليست من المصالح الغريبة التي يعد الأخذ بها قولا بالرأي وتشريعاً بالهوى والتشهي . فالأصل الذي بنوا عليه وهو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة أصل شرعي ، وعام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع . ولا يخالف أحد من الأئمة المالكية في هذا ، وإنما الخلاف في تحقيق مناط هذا الأصل وتطبيق تلك القاعدة على هذا الفرع(١) .

فالمالكية يرون في الضرب بالتهم إذا وجدت القرائن القوية أو القاطعة على ارتكاب المتهم السرقة ، بأن كان سيىء السلوك له صلات بمن ثبت عليهم السرقة أو شيئاً مثل ذلك ، يحقق مصلحة عامة ، وإن كان يفوت مصلحة خاصة ، أو يدفع ضرراً أكبر بارتكاب ضرر أخف ، إذ الغالب أن من تقوم عليهم القرائن القوية بالسرقة يكونون قد ارتكبوا الجريمة فعلا ، ومن القليل بل من النادر أن تقوم مثل هذه

---

(١) راجع الأشباه والنظائر : لابن نجيم الحنفي ص ١١٨ حيث عد تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة قاعدة شرعية قامت عليها الأدلة .

القرائن على شخص ويكون بريئاً فى الواقع ، وهو إن حدث فإن مثل هذا الضرر ضرر يسير فى مقابلة حفظ أموال الجماعة ودمائهم من الذين يتخذون من الليل والظلام ساتراً لجرائمهم ، ويفتنون فى طرق السطو ووسائل الهرب ، وخصوصاً إذا ضعف الوازع الدينى وامتنع الناس من القيام بالشهادة على السارق خوفاً من شره وطمعاً فى السلامة من أذاه، فعند ذلك يتعين الضرب أو السجن بالتهم لحفظ أموال الجماعة ، وإحلال الطمأنينة محل الرعب والفزع الذى يصيب العامة من أعمال السطو، النهب التى تتخصص فيها العصابات .

والذى يجب أن يكون واضحاً أن المالكية يعدون هذه المصلحة مصلحة تدخل تحت جنس شهدت له نصوص الشريعة ، وأن الشارع وإن لم يعتبر عينها بنص معين، فقد اعتبر جنسها بنصوص غير معينة وبذلك لا يبقى متعلق لأحد فى هذه الواقعة للقول بأن المالكية يأخذون بالمصالح الغريبة فى مقابلة النصوص ، ويحكمون العقل فى أدلة الشرع .

ولذلك نجد الغزالى يناقش المالكية فى هذه المصلحة ثم يرفض الأخذ بها أشد الرفض، على أساس أنها مصلحة تتعلق بالأموال، والضرب والسجن تفويت لمصلحة تتعلق بالنفس ، والنفس مقدمة على المال كما شهدت بذلك نصوص الشارع ، إلا أنه لا يقطع بخطأ مالك أو أتباعه . ولذلك يقول فى شفاء الغليل : « هذه المصلحة غير معمول بها، لا لأنا لا نرى اتباع المصالح ، ولكن لأنها لم تسلم عن المعارضة بمصلحة تقابلها » ، ويقول : « وعلى الجملة هذه المسألة فى محل الاجتهاد ، ولسنا نحكم ببطلان مذهب مالك على القطع ، فإذا وقع النظر فى تعارض المصالح كان ذلك قريباً من النظر فى تعارض الأقيسة المؤثرة التى ذكرناها »(١) .

فالغزالى يعتبر هذه المسألة فى محل الاجتهاد مع أنه صرح أكثر من مرة

(١) شفاء الغليل ص ٢٠٣ .

بأن المصلحة الغريبة مردودة قطعاً عند القائسين ، وأن التي محل الاجتهاد هي المصلحة التي تلائم جنس تصرفات الشرع . وهذا يدل على أن الغزالي لا يرد هذه المصلحة لأنها غير ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، أو غير داخلة تحت جنس شهدت له النصوص بالاعتبار ، ولكن لأنه رأى أنه إذا كانت مصلحة ذوي المال في ضرب المتهم رجاء أن يكون هو الجاني فيقر ، فمصلحة المأخوذ في الكف عنه وترك الأضرار به ، وليس أحدهما برعاية مصلحته أولى من الآخر ، فوجب الوقوف على جادة الشرع في ألا عقوبة إلا بجناية ، ولا تظهر الجناية في حقنا إلا ببينة » .

ومن ناحية أخرى فإن الغزالي يرى أن الضرب والحبس اعتداء محقق على حق الشخص في سلامة جسمه وهذه مصلحة ضرورية ، وذلك لحماية مصلحة موهومة ، وهي ليست بضرورية لحفظ المال ، بل من باب التكميل للحفظ فيقول : « إن المأخوذ بالسرقة قد يكون بريئاً عن الجناية فالهجوم على ضربه تفويت لحق عصمته لأمر موهوم حاصله يرجع إلى التشوف إلى تأكيد عصمة المال »[1] .

وعلى الجملة فإن الغزالي بتصريحه بأن الاتفاق قائم بين الأئمة على أن المصلحة التي لا تلائم تصرفات الشرع مردودة ، وأن العمل بها تشريع بالهوى والتشهي ، وأن المصلحة التي هي محل الاجتهاد هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ثم قوله في ضرب المتهم : « وعلى الجملة هذه المسألة في محل الاجتهاد ، ولسنا نحكم ببطلان مذهب مالك على القطع »[2] ، يدل على أن المصلحة التي قال الإمام مالك بها في ضرب أو حبس المتهم مصلحة ملائمة ، على الأقل في نظر المالكية القائلين بها . وإذا كان كذلك فهي مصلحة شهدت أصول الشريعة لجنسها بالاعتبار وليست من المصالح الغريبة ، أو المجردة كما يدعي البعض ، وإنما هي مصلحة راجعة إلى النصوص ،

---

(١) شفاء الغليل ص ٢٠٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٠٣ .

منها أخذت وعليها اعتمدت ، وإن كان المالكية لم يلتفتوا إلى أن هناك مصلحة أولى من هذه بالرعاية ، هى مصلحة المتهم فى عصمته ، وهى مصلحة تتعلق بحفظ النفس ، وهو مقدم على حفظ المال ، وهى فوق ذلك مصلحة ضرورية ، والضرب لحفظ المال من المصالح الكمالية ، إذ لا يترتب على عدم الضرب ، والأخذ فى ذلك بالبينة أو الإقرار ، ضياع المال قطعاً ، بل غاية الأمر أن الضرب وسيلة تحافظ على المال بشكل أكمل وبصورة أتم ، فى حين أن سجن برىء وضربه اعتداء على مصلحة ضرورية . وأخيراً فإن ضرب المتهم وسجنه فوات مصلحة بطريق محقق ، فى حين أن الحفظ المزعوم حفظ متوهم قد يكون وقد لا يكون . فالخلاف بين المالكية وغيرهم ينحصر فى تحقيق مناط الأصل الكلى والقاعدة القطعية ، وليس فى الأصل نفسه ، وهو أنه عند تعارض مصلحتين فإن الواجب تقديم أولى المصلحتين بالرعاية ، وهذه الأولوية تعرف من نصوص الشرع وتصرفاته فى الأحكام .

الأصل الثالث : وجوب دفع أشد الضررين .

هذا أصل شرعى ، وقاعدة قطعية ، وعام أخذ من النصوص بطريق الاستقراء المفيد للقطع . فإنه إذا تعارض شران أو ضرران فإننا نجد الشارع يقصد إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما ، عرفنا ذلك لا بدليل واحد ونص معين ، بل بجملة نصوص ومجموع أدلة تفوق الحصر بحيث لم يبق معها شك فى أن هذا الأصل مقصود للشارع .

بل إن تكاليف الشريعة كلها قائمة على ذلك . وإليك بعض الأدلة على قطعية هذا الأصل :

١ — شرع الجهاد فيه إتلاف للنفوس ، ولكنه ضرر خاص يتحمل لدفع ضرر عام حاصل من عدوان المشركين ، وصد المسلمين عن دينهم ،

وسفك دمائهم ، وإخراجهم من أموالهم وأولادهم بغير حق .

٢ — شرع القصاص والحدود فيه إتلاف للنفوس وإلحاق الأذى بالمسلم ، ولكنه ضرر خاص يرتكب دفعاً لضرر عام ، هو تفويت أرواح المسلمين وأموالهم وأعراضهم .

٣ — قتل البغاة ومانعي الزكاة فيه إتلاف للنفوس وفوات للأموال ، ولكنه ضرر أخف في مقابلة الضرر العام الذي يتمثل في الفتنة العارمة التي تقضي على الأخضر واليابس لو ترك قتال هؤلاء .

٤ — الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولو كان لدى سلطان جائر فيه إتلاف للنفس ، أو تفويت للمال ، ولكنه جاز ارتكاباً لأخف الضررين ، دفعاً لأشدهما .

وهكذا فكل تكاليف الشريعة تقوم على طلب الفعل إذا كانت مصلحته راجحة على مفسدته ، وإلى النهي عنه إذا كانت مفسدته راجحة على مصلحته ، وقد وقع الخلاف بين العلماء في وجود الفعل متساوي النفع والضرر . فإذا ما عرضت واقعة أوجدت نازلة وكانت مناطاً لضررين ، دفعنا أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما .

تطبيق هذا الأصل :

١ — توظيف الخراج : وقد طبق الشاطبي ذلك على مسألة توظيف الخراج إذا خلا بيت المال عما يفي بحاجة الجند ، واحتاج الإمام إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار ، وقال إن هذه المصلحة مصلحة تلائم تصرفات الشارع ، لأن في توظيف الخراج دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، ونحن نعلم قطعاً أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، وفي ذلك

يقول: « فالذين يحذرون من الدواهي لو تنقطع عنهم الشوكة ، يستحقرون بالإضافة إليها أموالهم كلها فضلا عن اليسير منها ، فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من أموالهم ، فلا يتمارى فى ترجيح الثانى على الأول ، وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر فى الشواهد .. ولو وطىء الكفار أرض الإسلام لوجب القيام بالنصرة ، وإذا دعاهم الإمام وجبت الإجابة ، وفيه إتعاب النفوس وتعريضها إلى التهلكة زيادة إلى إنفاق المال . وليس ذلك إلا لحماية الدين ، ومصلحة المسلمين » .

وفى كل هذا يبين الشاطبي وجه ملاءمة المصلحة فى توظيف الخراج لجنس تصرفات الشارع ، وأنها راجعة إلى مصلحة كلية ، وأصل قطعى مأخوذ معناه من جملة النصوص ومجموع الأدلة ، ذلك الأصل هو أنه إذا تعارض ضرران أو شران فإن الشارع يقصد إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين . فليس حكما بالمصلحة المجردة ولا قولا بالرأى ولا عملا بالهوى والتشهى ، بل هو تطبيق لنصوص الشريعة جملة بدلا من تفتيتها وأخذ كل نص على انفراد ، إذ النصوص يقيد بعضها بعضاً ويخصص بعضها بعضاً . والتخصيص بالقواعد القطعية المأخوذة من النصوص لا خلاف فيه ، وهو ليس قولا بمصلحة مجردة بل بنصوص شرعية اجتمعت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع .

٢ — انعقاد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد : ولقد طبق الشاطبي هذا الأصل أيضاً على تولية إمام غير مجتهد فى علوم الشرع ، إذا خلا العصر عن مجتهد ، وذلك دفعاً لأشد الشرين وأعظم الضررين ، فالضرر فى ترك المسلمين دون إمام ، وما يترتب عليه من ضياع النفوس والأموال والأعراض ، وطمع العدو من الخارج ، وثوران الفتن من الداخل . أشد من الضرر الحاصل بفوات رتبة الاجتهاد فى الإمام ، إذ

يمكنه التقليد فتزول المفسدة ، وتحصل المصـــالح المطلوبة من أصل الإمامة[١] .

فالشاطبي يرى أن أصل الإمامة من المصالح الضرورية ، واشتراط الاجتهاد مكمل هذا الضرورى ؛ فإذا تعارضت المصلحة الضرورية مع المصلحة التكميلية ، كانت الأولى أولى بالتحصيل ، لما يترتب على فواتها من المفاسد الكثيرة الزائدة على فوات الاجتهاد فى الإمام ، ويقول فى ذلك : « لأنا بين أمرين ، إما أن يترك الناس فوضى ، وهو عين الفساد والهرج ، وإما أن يقدموه فيزول الفساد بتة ، ولا يبقى إلا فوات الاجتهاد ، والتقليد كاف بحسبه ، وإذا ثبت هذا فهو نظر مصلحى يشهد له وضع أصل الإمامة ، وهو مقطوع به بحيث لا يفتقر فى صحته وملاءمته إلى شاهد » .

٣ — بيعة المفضول مع وجود الأفضل : وقد طبق الشاطبي هـــذا الأصل أيضاً على بيعة المفضول مع وجود الأفضل فقال : « إذا انعقدت الإمامة بالبيعة أو تولية العهد لمنفك عن رتبة الاجتهاد ، وقامت له الشوكة وأذعنت له الرقاب ، بأن خلا الزمان عن قرشى مجتهد مستجمع جميع الشرائط ، وجب الاستمرار . وإن قدر حضور قرشى مجتهد مستجمع لشروط الإمامة ، واحتاج المسلمون فى خلع الأول إلى تعرضه لإثارة الفتن واضطراب الأمور لم يجز لهم خلعه والاستبدال به ، بل تجب عليهم الطاعة له ، والحكم بنفوذ ولايته ، وصحة إمامته ، لأنا نعلم أن العلم مزية روعيت فى الإمامة تحصيلا لمزيد المصلحة فى الاستقلال بالنظر والاستغناء عن التقليد ، وأن الثمرة المطلوبة من الإمام تطفئة الفتن الثائرة من تفرق الآراء المتنافرة ، فكيف يستجيز العاقل تحريك الفتنة وتشويش النظام ، وتفويت

---

(١) انظر الاعتصام ٢ : ١٢٦ .

أصـل المصلحة فى الحال تشوفاً إلى مزية دقيقة فى الفرق بين النظر والتقليد[١] .

وأنت ترى أن الشاطبي يوازن بين الضرر الذى ينال الخلق بسبب عدول الإمام من النظر إلى التقليد بما ينالهم لو تعرضوا لخلعه والاستبدال به ، أو حكموا بأن إمامته غير منعقدة ، ثم يقرر أن المجتهد يدفع أعظم الشرين بارتكاب أخفهما ، وتكون المصلحة فى عدم خلع الإمام غير المجتهد مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ومأخوذاً معناها من مجموع أدلته ، وليست مصلحة غريبة ، لا تلائم تصرفات الشرع ، ولا تشهد نصوصه لجنسها بالاعتبار . ويقول الشاطبي فى ذلك : «وهو – أى عدم خلع غير المجتهد – متجه بحسب النظر المصلحى ، وهو ملائم لتصرفات الشرع وإن لم يعضده نص على التعيين» .

الأصل الرابع : المحافظة على النفس :

المحافظة على النفس أصل شرعى كلى ، وعام مأخوذ بطريق الاستقراء من النصوص استقراء يفيد القطع . والأدلة على ذلك تفوق الحصر فمن ذلك :

«أن النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير إلى غير ذلك .

---

(١) الاعتصام جـ ١ ص ١٢٧ .

كل هـذه النصوص والأحكام تدل يقيناً على أن الشارع قاصد لحفظ النفس وأن المحافظة عليها أصل قطعي،لم يثبت بدليل واحد خاص،ولا يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه ، بل علمت ملاءمة هذا الأصل للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد، ولو استند إلى شيء معين لوجب تعيينه . فهذا الأصل إذن مأخوذ من استقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق ، لا من آحادها على الخصوص »[١] .

تطبيق هذا الأصل :

١ – قتل الجماعة بالواحد : وتطبيقاً لهذا الأصل وعملا بتلك القاعدة وإجراء لهذا العام الاستقرائي على الأفراد قال المالكية ، موافقين الصحابة ، رضي الله عنهم ، إن الجماعة إذا تمالئوا على قتل واحد قتلوا به ، ويروون في ذلك قول عمر المشهور « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به » . ووجه دخول قتل الجماعة بالواحد تحت جنس هذه المصلحة الكلية ، أنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ القتال الاشتراك ذريعة إلى قتل أعدائهم ، وبذلك تفوت النفس التي علم أن الشارع يقصد المحافظة عليها ، وذلك بالأمر بكل مايقيمها . وبالنهي عن كل ما يفوتها ، فالمحافظة على النفس مقصود شرعي، وكل مقصود شرعي يجب المحافظة عليه ، ويمنع كل ما يفوته ويعود عليه بالنقض والإبطال ، وحيث إن قتل الجماعة للواحد ، لو لم نقل بالقصاص ، يفوت هذا المقصود ، فيمنع ، وطريق المنع قتل الجماعة المتمالئين على قتل الفرد . وبذلك تكون المصلحة في قتل الجماعة بالواحد ، مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع ، وداخلة تحت جنس شهدت له نصوصه ، أو بعبارة أخرى مصلحة اعتبر الشارع جنسها ، لا بنص واحد ولا بأصل معين ، ولكن بمجموعة أدلة وعدة نصوص تفوق الحصر وتدل بطريق القطع على

---

(١) راجع الموافقات جـ ١ ص ٣٨ ، ٣٩ .

وجوب مراعاة هذا المقصود ، ومنع كل ما يفوته ، ويعود عليه بالبطلان

وقد وافق الغزالى المالكية على القول بهذه المصلحة ، وأجرى الاستدلال المرسل فيها فى كتابه شفاء العليل ، وأثبت ملاءمتها لتصرفات الشارع وأنها داخلة تحت جنس اعتبره الشارع ، وأقام عليه الأدلة ، وفرع الأحكام بناء عليه ، وهو مذهب الشافعية أيضاً ، وأما الحنفية فإنهم يعتبرون كل واحد من الشركاء قاتلا على التحقيق ، فطبقوا النص ولم تكن حجتهم فى قتل الجماعة المصلحة .

والشاطبي يجرى الاستدلال المرسل فى هذه المسألة فيقول : «إنه يجوز قتل الجماعة بالواحد ، والسند فيه المصلحة المرسلة ، إذ لا نص على عين المسألة ، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو مذهب مالك والشافعى ووجه المصلحة أن القتيل معصوم ، وقد قتل عمداً ، فإهداره داع إلى خرم أصل القصاص ، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعى بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه ، وليس أصله قتل المنفرد فإنه قاتل تحقيقاً ، والمشترك ليس بقاتل تحقيقاً .

« فإن قيل : هذا أمر بديع فى الشرع ، وهو قتل غير القاتل ، قلنا : ليس كذلك ، بل لم نقتل إلا القاتل ، وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعى فهو مضاف إليهم تحقيقاً إضافته إلى الشخص الواحد ، وإنما التعيين فى تنزيل الأشخاص بمنزلة الشخص الواحد ، وقد دعت إليه المصلحة ، فلم يكن مبتدعاً مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع فى حقن الدماء ، وعليه يجرى عند مالك قطع الأيدى باليد الواحدة ، وقطع الأيدى فى النصاب الواجب »[١].

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٢٥ .

فهو يقرر أموراً ثلاثة :

أولها : أن المستند فى هذه المسألة هو المصلحة المرسلة إذ لا نص على عين المسألة . وسوف نفصل ذلك عند الكلام فى تعارض المصلحة والنص.

وثانيها : أن هذه المصلحة ليست مصلحة غريبة يعد التشريع لها أمراً بديعاً فى الشرع ، وإنما هى مصلحة تلائم جنس تصرفات الشارع لما فيها من حفظ مقاصد الشرع فى حقن الدماء . وهذا المقصود قطعى مستند إلى النصوص الشرعية .

ثالثها : أن هذه المصلحة ليست مما شهد الشرع لعينها ، بحيث يكون قتل الواحد أصلا لها ، وذلك لأن المنفرد قاتل تحقيقاً ، والمشترك ليس بقاتل تحقيقاً . وإنما اقتضت المصلحة تنزيل الجماعة منزلة الواحد ، وإضافة القتل إلى الجماعة من حيث الاجتماع إضافته إلى الشخص الواحد .

٢ — إذا طبق الحرام الأرض جاز أكل مقدار الحاجة من الحرام :

وتطبيقاً لهذه القاعدة — قاعدة حفظ النفس — يرى المالكية ، كما سبقهم الغزالى إلى ذلك ، أنه لو طبق الحرام الأرض أو ناحية يعسر الانتقال منها وانسدت طرق المكاسب الطيبة ومست الحاجة إلى الزيادة على سد الرمق فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرتقى إلى قدر الحاجة فى القوت والملبس والمسكن ، إذ لو اقتصر على سد الرمق لتعطلت المكاسب والأشغال ولم يزل الناس فى مقاساة إلى أن يهلكوا ، وفى ذلك خراب الدين ، ولكنه لا ينتهى إلى الترفه والتنعم ، كما لا يقتصر على قدر الضرورة .

ويقول الشاطبى: « وهذا ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص على عينه ، فإنه قد أجاز أكل الميتة للمضطر ، والدم ولحم الخنزير ، وغير ذلك من الخبائث المحرمات » .

والواقع أنه ليس مقيساً على أكل الميتة وما معها ، إذ هذه جاء النص بجوازها عند الضرورة ، وهنا نجد أن المسألة فى الزيادة على الضرورة وسد الرمق ، ولكن المصلحة قد دعت إلى تنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة الخاصة حفظاً للنفوس من الهلاك والضياع .

ولقد نص الغزالى على هذه المسألة فى كتابيه : المنخول وشفاء العليل فقال فى الأول[١] : « ولذلك نقول لو فرضنا انقلاب أموال العالمين بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتباه الغصوب بغيرها وعسر الوصول إلى الحلال المحض — وقد وقع فما بالنا نقدر — نبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال لأن تحريم التناول يفضى إلى القتل ... وتخصيصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن معاملاتهم » .

ويقول فى الثانى[٢] : «قيل : لو طبق الحرام أرضاً .. وانحسمت وجوه المكاسب الطيبة على العباد ومست حاجتهم إلى الزيادة على سد الرمق من الحرام ودعت المصلحة إليه فهل تسلطون على تناول قدر الحاجة من الحرام لأجل المصلحة ؟ قيل : إن اتفق ذلك فيجوز لكل أحد أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرقى إلى قدر الحاجة فى الأقوات والملابس والمساكن ، لأنهم لو اقتصروا على سد الرمق لتعطلت المكاسب . . ولكل أن يتناول قدر الحاجة ولا ينتهى إلى حد الترفه والتنعم ولا يقتصرون على الضرورة .

وقول القائل : أن هذا أمر غير ملائم للشرع فليس الأمر كذلك ، فإن الشرع سلط على لحم الخنزير وهو أخبث المحرمات عند الضرورة ، ولكن اختلف العلماء فى أنه هل يقتصر على سد الرمق أو يتناول قدر الحاجة والحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة فى حق الشخص الواحد ، والحاجة عامة إلى الزيادة على سد الرمق » .

---

(١) المنخول ص ٨٢ .

(٢) شفاء العليل ص ٢١٥ .

ويؤخذ من هذه النصوص أمران :

أولهما : أن ، كل ما فوق الضرورة من الحرام إذا طبق الحرام الأرض مسألة دليلها المصلحة وليس النص المعين ، إذ النص لا يشمل فى هذه الحالة التى طبق الحرام فيها الأرض إلا أكل ما يدفع الضرورة ، لا قدر الحاجة .

وثانيهما : أن هذه المصلحة ملائمة لتصرفات الشرع ، إذ فى الاقتصار على سد الرمق تعطل المكاسب والهلاك ، وفى الهلاك انخرام أصل المحافظة على النفس ، فضلا عن تفويت الدين أيضاً .

الأصل الخامس : مصادرة ما ارتكبت به أو فيه الجريمة .

للعقوبة بالمال عند المالكية صورتان :

إحداهما : إذا رأى الإمام جمعاً من الأغنياء يسرفون فى الأموال ويبذرونها ويصرفونها فى وجوه من الترف والتنعم ، وضروب من الفساد فعاقبهم بأخذ جزء من أموالهم ورده إلى بيت المال أو صرفه فى وجوه المصالح .

وهذا الوجه لا يجوز لأنه مصلحة غريبة لا تلائم تصرفات الشرع ، إذ لم يعهد مثل هذه العقوبة فى الشرع ، وفوق ذلك فإن هذه المصلحة ليست بضرورية للزجر ، لأنها غير متعينة ، لشرعية العقوبات البدنية من سجن وضرب ونحوهما .

ويجب التفرقة بين هذا وبين ما إذا كان بعض الأغنياء قد اكتسبوا أموالهم بطريق غير مشروع ، فإن للإمام أن ينزع من الأغنياء ما يراه قد اكتسب من الطريق غير المشروع ، ولذلك قال الغزالى : « فإن قيل : فقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه شاطر خالد بن الوليد فى ماله ، حتى أخذ رسوله يرد نعله وشطر عمامته ، قلنا المظنون من عمر أنه لا يبتدع العقاب بأخذ المال على خلاف المألوف فى الشرع ، وإنما ذلك لعلم عمر باختلاط

ماله بالمال المستفاد من الولاية وإحاطته بتوسعته . فلعله ضم المال فرأى شطر ماله من فوائد الولاية فيكون استرجاعاً للحق لا عقوبة فى المال ، لأن هذا من الغريب الذى لا يلائم قواعد الشرع .

على أن الشاطبي يحكى عن بن العطار أنه صغى إلى إجازة ذلك ، أى هذا النوع من العقوبة فى المال ، وذلك لأنه قال فى إجازة أعوان القاضى إذا لم يكن بيت مال ، أنها على الطالب ، فإن أدى المطلوب كانت الإجازة عليه ، وقد مال إليه ابن رشد . ورده عليه بن النجار القرطبي وقال : إن ذلك من باب العقوبة فى المال ، وذلك لا يجوز على حال .

والواقع أن المسألة ليس فيها عقوبة فى المال كما ظن بن النجار ، وإنما فيها ضمان مال تسبب المدعى عليه فى ضياعه على المدعى بسبب عدم قيامه بالوفاء بما عليه من دين ، فالمدعى عليه قد ماطل فى عدم الوفاء ، واضطر المدعى إلى دفع مصاريف الدعوى حتى يصل إلى حقه ، فإذا ما حضر المدعى عليه وثبت أنه مدين لم يوف عند الأجل ، كان متسبباً بخطئه فى ضياع هذا المبلغ على المدعى فوجب عليه الضمان .

وبذلك لا يكون فيه دليل على أن ابن العطار من المالكية يقول بجواز هذا النوع من العقوبة فى المال . ولا محل لاعتراض ابن النجار على ابن العطار بأن ذلك من باب العقوبة فى المال .

ثانيهما : أن يكون الجانى قد استعمل المال فى ارتكاب الجناية ، أو كما يقول الشاطبي «أن تكون جناية الجانى فى نفس ذلك المال أو فى عوضه» .

وفى هذه الصورة يجوز عند المالكية أن يعاقب الشخص فى هذا المال ، وذلك بحرمانه منه ، ويستوى بعد ذلك إتلافه أو التصدق به ولذلك قال مالك فى الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذى غشه أنه يتصدق به على المساكين قل أو كثر ، وذهب ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون إلى أنه

يتصدق بما قل منه دون ما كثر ، وذلك محكى عن عمر رضى الله عنه ، وأنه أراق اللبن المغشوش بالماء .

ووجه إجراء ذلك على الاستدلال المرسل أنه فى عقوبة الغاش أو من ارتكب الجريمة فى مال معين ، زجر له وتأديب ، وهذا التأديب وإن لم يشهد له نص معين ، لكنه ملائم لتصرفات الشارع ، إذ فيه تقديم للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وهو أصل شهدت له الأصول كما سبق ، ولذلك يقول الشاطبى بعد ذكر هذا النوع من العقوبة : « ووجه ذلك التأديب للغاش وهذا التأديب لا نص يشهد له . لكن من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ، وقد تقدم نظيره فى مسألة تضمين الصناع »[1] .

وهذا يدل على أن مالكا لا يقول بمصلحة غريبة قط ، وأنه فى العقوبة فى المال إذا كانت جناية الجانى فى نفس المال أو فى عوضه ، يعمل بمصلحة تدخل تحت جنس راعاه الشارع فى نصوصه ، وسار عليه فى أحكامه ، فهو من المصالح التى شهد الشرع لجنسها بنصوص غير معينة . والتى تعد جزئياً من أصل شرعى كلى ، أو فرداً من أفراد العام الاستقرائى ، وهو أنه إذا تعارضت مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة على الخاصة . ومصلحة الزجر عن الغش وارتكاب الجرائم بواسطة بعض الأموال مصلحة عامة دون شك ، فى حين أن مصلحة الغاش مصلحة خاصة ، وقد تعارضت المصلحتان فقدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

---

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ١٢٤ .

الفرع الثانى

نتائج دراسة هذه التطبيقات

والخلاصة التى يتوصل إليها الباحث بعد عرضه لهذه الفروع التى كان سند الفتوى فيها عند مالك هو المصلحة المرسلة ، تتمثل فى نتيجتين :

النتيجة الأولى : الاستدلال المرسـل طريقة معينة للاستدلال بالنصوص الشرعية :

إن الاستدلال المرسل فى مذهب مالك ليس خارجاً عن النصوص ، بل هو طريقة معينة للاستدلال بالنصوص الشرعية ، فإن الحكم عند مالك إما أن يؤخذ من النص نفسه أى من اللفظ ، ويسمى الاستدلال حينئذ استدلالا بالنص ، كدلالة قوله قوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » على حرمة القتل ، وإما أن يؤخذ الحكم من معقول نص واحد ، وهو القياس ، أو المصلحة المعتبرة ، وذلك إذا شهد النص لعين المصلحة ، كأخذ حرمة النبيذ ووجوب الحد على شربه ، من معقول قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر » الآية . فالنص بلفظه أفاد حكم الخمر ، وبمعقوله أفاد حرمة كل مفسد للعقل ، فتحريم الشارع الخمر دليل اعتبار عين المصلحة فى تحريم النبيذ والحد عليه .

وهناك حالة ثالثة هى أخذ الحكم من معقول جملة نصوص ، لا يفيد كل واحد منها الحكم بانفراده ، ولكنها تجتمع على معنى واحد ، وتدل على أصل كلى تعد المصلحة المفروضة فى الفرع جزئياً لهذا الأصل ونوعاً يدخل تحت هذا الجنس الذى شهدت له النصوص وقامت عليه الأدلة . وذلك كالحكم فى تضمين الصناع ، والعقوبة فى المال ، والضرب بالتهم

فإنها أحكام أخذت من معقول نصوص كثيرة ، هى النصوص التى أخذت فى استقراء أصل أن الشارع يقصد تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض . وعمل العقل هو استنباط هذا المعنى الكلى من تلك الجزئيات ، ثم تطبيقه على بعض الفروع ، أى أن عمل المجتهد هو استخراج المناط بطريق الاجتهاد من نصوص الشريعة ، ثم تحقيق هذا المناط فى بعض الفروع ، فباستقراء نصوص الشريعة توصل المجتهد إلى أنه عند تعارض مصلحة عامة ومصلحة خاصة فإن الشارع يقدم الأولى على الثانية ، فعند ذلك يقول المجتهد : إن مناط تقديم إحدى المصلحتين عند التعارض هو أن تكون إحداهما عامة والأخرى خاصة ، ثم ينظر فى الجزئيات من تضمين الصناع والعقوبة فى المال ، والضرب بالتهم ، فيرى أن فى كل منها مصلحة عامة هى حفظ المال ومنع الغش ، ثم يرى أن هناك مصلحة للشخص فى ألا يضمن دون قيام بينة بالتعدى ، وألا يضرب دون قيام بينة على ارتكابه السرقة ، وألا يعاقب فى ماله ، ولا يتلف أو يؤخذ منه دون رضاه ، وهاتان المصلحتان متعارضان فى نظر المجتهد ، ولا بد من تقديم إحداهما على الأخرى ، وهنا يطبق المجتهد القاعدة التى توصل إليها ، والأصل الذى أخذه من استقراء النصوص فيقول : فى تضمين الصناع حفظ مال الجماعة وإن أمكن أن يؤدى إلى تضمين برىء ، فهو تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، وحيث إن الشارع يقصد إلى تقديم المصلحة العامة على الخاصة فإن الشارع يقصد إلى تضمين الصناع .

ولقد عبر الشاطبى عن هذه الحقيقة وهى أن الاستدلال المرسل تطبيق للنص وعمل بمعقول الأدلة ، أصدق تعبير حيث يقرر :

١ - « إن أصول الفقه فى الدين قطعية لا ظنية » ، ويسوى بين الأصل بمعنى الدليل كالكتاب والسنة ، أو بمعنى القواعد الكلية المأخوذة

بالاستقراء من الشريعة ، أو بمعنى الكليات الشرعية المنصوصة[١] .
ثم يصرح بعد ذلك « بأن كل أصل شرعى ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ، ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه ، إذا كان هذا الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذى اعتبره مالك والشافعى فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه »[٢] .

فالاستدلال المرسل استدلال بأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به . فهو إعمال للنصوص ، وليس شيئاً خارجاً عنها ، وإنما أطلق عليه العلماء الاستدلال المرسل لأن هذا الأصل لم يؤخذ من نص واحد معين وإنما أخذ من مجموع نصوص وجملة أدلة لا يمتاز كل واحد منها بانفراده برجوع هذا الأصل إليه أو اعتماده عليه ، فهو معنى كلى راعاه الشارع فى نصوصه ، وسار عليه فى أحكامه ، أو لأن الفرع الذى يطلب معرفة حكمه ، والذى يعد جزئياً من هذا الكلى ، أو فرداً من أفراد هذا العام ، لا يشهد نص لعينه ، بل شهد لجنسه ، أى هذا المعنى الكلى ، عدة نصوص لا يدل كل واحد منها بانفراده عليه ، فتضمين الصناع فرع لم يدل على حكمه نص معين لا بلفظه ولا بمعقوله ، إذ لم يتقدم له مثيل يقاس عليه بحيث يساويه فى عين المصلحة ويعطى عين حكمه ، ولا يدل على حكمه نص ، ولكن شهدت له نصوص كثيرة ، لم تتعرض هذه النصوص للتضمين ولا لعلته ، وإنما تعرضت لمعنى عام وجنس يشمل التضمين وغيره ، وهو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض .

---

(١) الموافقات ج ١ ص ٢٩ . (٢) الموافقات ج ٣ ص ٣٩ .

٢ — يقول الشاطبي إن كل أصل كلي يؤخذ من استقراء الأدلة عام استقرائي لا يقل في قوة الاحتجاج به والاستناد إليه ، والاعتماد عليه ، عن العام المستفاد من الصيغة ، بل إن العام المأخوذ من استقراء النصوص يعد عاماً قطعياً ، في حين أن العام المستفاد من الصيغة قد قرر الجمهور ، ومنهم المالكية ، أنه يفيد الظن .

وقرر ، بناء على ذلك ، أن هذا العام يطبق على كل الحوادث التي لا نص فيها ، ولا يحتاج فيه إلى إجراء قياس أو غيره . فإذا توصل المجتهد باستقراء النصوص إلى أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض ، ثم نزلت نازلة أو جدت حادثة لا نص فيها ، ولا يمكن قياسها على منصوص ، ورأى المجتهد أنها مناط لمصلحتين : إحداهما عامة والأخرى خاصة ، فلا يتمادى في تطبيق هذا العام عليها ، وتقديم المصلحة العامة على الخاصة وإعطائها الحكم الذي يحقق ذلك .

وفي ذلك يقول الشاطبي : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط . . . بل من استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغة ومثال ذلك قاعدة رفع الحرج في الدين نستفيده من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات ، متفقة في أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أي جهة عند تعذر استخراج القبلة ، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ولرفع الضرر ، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز عنه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً

يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج ، فإنا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها عملا بالاستقراء فكأنه عموم لفظي »[1] .

٣ — ثم يقرر الشاطبي أنه إذا تقررت عند المجتهد هذه المسألة ، ثم استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة ، بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه » ؟[2] .

وعلى هذا التصوير يمكن القول بأن الاستدلال المرسل يعني الاستدلال بأصل كلي أو عام استقرائي على جزئيات تدخل تحت هذا الكلي ، أو أفراد يشملها هذا العام . ويكون بذلك إعمالا للنصوص ، وليس كما يتوهم البعض تحكيما لمصلحة مجردة على المعنى الذي يصورون به مذهب مالك .

النقطة الثانية :

كل مصلحة ملائمة يمكن فيها إجراء قياس المصالح ، فقد عرفنا أن كل مصلحة ملائمة عند مالك هي مصلحة تشهد لها أصول شرعية وأن الفرق بينها وبين القياس ينحصر في أن المصلحة الملائمة شهدت النصوص لجنسها ، في حين أن القياس مصلحة شهدت النصوص لنوعها .

وعلى هذا ، فإنه يمكن إجراء نوع من القياس في كل مصلحة ملائمة ، وقد أطلق الغزالي على هذا النوع من القياس قياس المصالح ، أما إمام الحرمين فقد سماه قياس المعاني . وإليك إجراء قياس المصالح على المصالح الملائمة التي

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٢٩٩ .

(٢) الموافقات جـ ٣ ص ٣٠٤ .

رويت عن مالك رضى الله عنه[١] .

حد الشارب ثمانين :

حد الشارب ثمانين فيه إقامة لمظنة القذف وهو الشرب مقام القذف فيجوز قياساً على الخلوة بالأجنبية فإنه لما كانت الخلوة مظنة الزنا أعطيت حكمه ، والجامع بينهما أن كلا منهما مظنة لشىء آخر ، والحكم هو إعطاء المظنة حكم المظنون .

تضمين الصناع :

تضمين الصناع فيه محافظة على أموال عامة أصحاب السلع وإن أمكن فيه تضمين برىء ، فيجوز قياساً على تلقى الركبان فإنه منع منه محافظة على مصلحة عامة أهل السوق ، وإن كان فيه تفويت مصلحة المتلقى . والجامع بين الأصل والفرع أنه فى كل منهما حفظ مصلحة عامة مع احتمال تفويت مصلحة خاصة ، والحكم هو جواز تقديم المصلحة العامة على الخاصة .

---

(١) وسوف نرى أن بعض كتاب الأصول يدخل المصلحة التى تشهد الأصول لجنسها فى باب القياس ، بل ويجرى فيها القياس ، كما فعل البيضاوى والأسنوى والآمدى وابن السبكى ، وبعض الحنفية .

وأما الغزالى فإنه وإن كان يرى أن القياس ممكن فى كل مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وتكون النصوص التى دلت على اعتبار جنس المصلحة هى الأصول التى يقاس عليها ، إلا أنه يفضل أن تخص مثل هذه المصلحة باسم خاص بها هو المصلحة المرسلة ، على أن يكون المفهوم من الإرسال ليس هو الإرسال عن الأصل أو الشاهد مطلقاً ، فإن هذه مصلحة غريبة قام الإجماع على ردها وأنها تشريع من القائل به فلا يقبل منه ، بل يقصد بالإرسال الإرسال عن نص يشهد لعين المصلحة حتى يمكن القياس الذى يصوره الغزالى بأنه تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هى الموجبة فى محل النص راجع شفاء الغليل ص ١٩٠ .

ضرب المتهم :

ضرب المتهم فيه حفظ أموال العامة ، وإن أمكن أن يصادف الضرب بريئاً فيجوز ، قياساً على المنع من تلق الركبان فإن فيه مصلحة لعامة أهل السوق وإن كان يفوت مصلحة خاصة المتلق ، والجامع أن فى كل من الأصل والفرع تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، والحكم هو جواز هذا التقديم .

العقوبة فى المال :

العقوبة فى المال فيها تقديم لمصلحة عامة الناس وحمايتهم من الغش وإن كان فيه إتلاف المال الذى وقعت الجناية به فيجوز قياساً على بيع الحاضر للبادى ، فإنه لما كان فيه تقديم مصلحة أهل الحضر على مصلحة متولى البيع أو البائع ، جاز . فالجامع أن فى كل منهما تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، والحكم هو جواز هذا التقديم .

توظيف الخراج :

توظيف الخراج فيه دفع ضرر الفتن الداخلية والهجوم الخارجى بفوات جزء من المال ، فيجوز قياساً على ما لو وطىء الكفار أرض الإسلام ووجبت النصرة وتعريض النفس للهلاك والمال للضياع ، والجامع أن فى كل من الأصل والفرع دفع ضرر أشد بارتكاب ضرر أخف ، والحكم هو جواز هذا الدفع للضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف .

تولية من ليس بمجتهد الإمامة :

تولية الأمثل فالأمثل ممن ليس بمجتهد الإمامة فيه محافظة على مصلحة أصلية ضرورية ، هى حفظ نظام الأمور وقطع مادة الشرور ، وإن كان

فيه تفويت مزية الاجتهاد ، وهى مصلحة تكميلية ، فيجوز قياساً على الجهاد مع أمراء الجور ، فإن جهاد الأعداء معهم يحقق مصلحة ضرورية أصلية ، ويفوت مصلحة تكميلية وهى عدالة الوالى ، والجامع أن فى كل من الأصل والفرع تحصيل مصلحة أصلية مع فوات مصلحة تكميلية والحكم هو جواز هذا التقديم .

استمرار ولاية المفضول :

استمرار إمامة المفضول وعدم خلعه وإن وجد الأفضل فيه تحصيل مصلحة ضرورية أصلية هى القضاء على الفتن وحماية بلاد الإسلام ، مع فوات مصلحة تكميلية ، فيجوز قياساً على الجهاد مع أمراء الجور ، فإن فيه تحصيل مصلحة الجهاد الضرورية الأصلية مع فوات مكمل وهو عدالة الوالى ، والجامع أن فى كل منهما تقديم مصلحة أصلية على مصلحة مكملة عند التعارض ، والحكم هو الجواز .

وهكذا يمكن إجراء القياس فى كل مصلحة مرسلة . والفرق بين هذا القياس والقياس الذى شهد النص فيه لعين المصلحة ، أن الفرع والأصل فى القياس العادى يشتركان فى نوع المصلحة ، بمعنى أن المصلحة الموجودة فى الأصل والمصلحة الموجودة فى الفرع من نوع واحد ، والحكم المراد إعطاؤه للفرع من نوع حكم الأصل ، فى حين أن القياس الذى اعتبر الشارع فيه جنس الوصف فى جنس الحكم ، وهو قياس القواعد أو المصالح ، ليست علة الفرع فيه من نوع علة الأصل بل من جنسها ، كما أن حكم الفرع فيه من جنس حكم الأصل وليس من نوعه ، أو بعبارة أخرى ، يوجد فى الأصل نوع من الوصف مغاير للوصف الموجود فى الفرع ولكنه من جنسه ، والحكم المراد إعطاؤه للفرع حكم مغاير لحكم الأصل من حيث النوع لكنه من جنسه .

ففى قياس السرقة على الغصب فى الضمان بجامع التعدى نقول : السارق يضمن المال المسروق وإن قطع ، لأنه مال تلف تحت يد عادية فيضمن

قياساً على الغصب، فالوصف الذى فى الأصل والفرع هو التعدى ، وهو نوع من الوصف بالنسبة لتعدى السارق والغاصب ، وليس جنساً ، فتعدى السارق والغاصب أفراد لهذا النوع وليسا نوعين لجنس . والحكم هو الضمان فى كل من الأصل والفرع ،وضمان السارق والغاصب أفراد لهذا النوع وليسا نوعين لجنس .

أما فى قياس شرب الخمر على الخلوة بالأجنبية فإننا نقول : يحد شارب الخمر ثمانين جلدة ، إقامة لمظنة القذف مقام القذف نفسه، قياساً على الخلوة بالأجنبية ،فإنها لما كانت مظنة للزنا حرمها الشارع كما حرم الزنا . فالوصف الذى فى الأصل هو أن الخلوة مظنة زنا ، والذى فى الفرع هو أن الشرب مظنة قذف ، ومظنة قذف ومظنة زنا نوعان متغايران من الوصف، يدخلان تحت جنس هو مطلق مظنة . وحكم الأصل هو الجلد ثمانين، وحكم الفرع هو حرمة الخلوة ، وهما نوعان متغايران من الحكم يجمعهما جنس الحكم . إذ الجلد ثمانين حكم ، وحرمة الخلوة حكم .

و إذا كان القياس هو المساواة بين الأصل والفرع،فإن المساواة الموجودة فى قياس المصلحة أو القواعد هى مساواة فى الجنس وليست فى النوع ،فالفرع يساوى الأصل فى جنس العلة ، وحكم الأصل يساوى حكم الفرع فى الجنس .

وعلى ذلك يمكن للمالكية أن يضعوا هذا النوع من المصالح فى إحدى صور ثلاث كلها استدلال بالنصوص ، واعتماد عليها :

١ — فى صورة الأصل الكلى ، أو القاعدة العامة أو العام الاستقرائى، والاستدلال على هذا الأصل باستقراء النصوص ، فإذا ثبت الأصل ، وتحصلت القاعدة ، فإنهم يحققون مناطها فى الفروع ، أو يجرون العام الاستقرائى على الأفراد . فإذا ثبت لديهم أن الشارع يقيم الأسباب مقام المسببات ، ويعتبر المظنة فى الأحكام ، فإنهم يعتبرون ذلك أصلا كلياً

أو عاماً استقرائياً ، ثم يحققون مناطه أو يطبقونه على حد الشارب ثمانين فيقولون : الشرب مظنة القذف ، والشارع يقيم مظنة الشيء مقام نفس الشيء ويعطيها حكمه ، فيجب إقامة الشرب مقام القذف وإعطاء الأول حكم الأخير .

ويقولون : تضمين الصناع فيه تقديم لمصلحة أرباب السلع على مصلحة خاصة ، هى مصلحة من لم يقصر ولم يتعد من الصناع . والشارع يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض ، فيجب تقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة الصناع كذلك .

ويقال: توظيف الخراج فيه دفع الفتن الداخلية وصد العدوان الخارجى فى مقابل دفع جزء من المال ، وهو ارتكاب ضرر أخف فى مقابل دفع ضرر أشد ، والشارع يدفع أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما .

وهكذا فى كل الأمثلة فإن المجتهد يستقرىء نصوص الشريعة ليخرج من هذا الاستقراء بالمقاصد الشرعية الكلية ، والمصالح العامة التى راعاها الشارع فى تشريعه ، ثم يطبق هذه الأصول الكلية على الجزئيات التى تجد ولا نص فيها ، ولا يمكن أخذ حكمها من معقول النص بطريق القياس ، وذلك كما يفعل فى العموم المستفاد من الصيغة سواء بسواء ، فأحد العمومين استفيد معناه من صيغة واحدة ، والآخر استفيد معناه من أكثر من نص . وهذا استدلال بالنصوص دون شك ، ولا مانع من تسمية هذا النوع من الاستدلال استدلالا مرسلا ، أو مصلحة مرسلة ، تمييزاً له عن القياس بمعناه الضيق ، على أن يكون مفهوماً أن كلا من القياس والاستدلال المرسل استدلال بمعقول النص ، والفرق أن الحكم فى القياس أخذ من معقول نص واحد ، وفى الاستدلال المرسل أخذ من معقول عدة نصوص . أو بعبارة أخرى ، فى القياس شهد نص معين لعين المصلحة . وفى الاستدلال المرسل

شهدت عدة نصوص لجنس المصلحة دون عينها . وقد رأينا الشاطبي يطلق الاستدلال المرسل على هذا الأصل الكلى .

٢ — فى صورة المصلحة المرسلة ، فيقول المجتهد : يحد الشارب حد القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف ، وإقامة مظنة القذف مقام القذف مصلحة مرسلة ، بمعنى أنه لم يعتبر للشارع عينها فى عين الحكم فى أصل معين ، ولكن اعتبر جنسها فى جنس الحكم . أو لأنها تدخل تحت ما اعتبره الشارع وبنى أحكامه عليه وفرع الفروع على وفقه ، وذلك هو اعتبار الشارع المظنة فى الأحكام . ومن الأدلة على اعتبار المظنة فى الأحكام إقامة الخلوة بالأجنبية مقام الزنا ، وإقامة الإيلاج مقام الإنزال وإقامة حافر البئر فى محل العدوان مقام المردى وهكذا ، فى بعض الأحكام . فالإرسال هنا وصف للمصلحة الجزئية الموجودة فى الواقعة ، أى لإقامة مظنة القذف مقام القذف ، فإن هذا وصف مرسل لم يشهد له نص معين ، فى حين أن الإرسال فى الطريقة الأولى فى القاعدة الكلية أو العام الاستقرائى ، ومعناه أن هذا الأصل لم يؤخذ من نص واحد ، ولم يرجع إلى أصل معين بل أخذ من استقراء عدة نصوص لا يمتاز أحدها بانفراده برجوع هذا المعنى إليه .

ولقد رأينا الشاطبي المالكى يستعمل الطريقة الأولى فى كتابه الموافقات فيقول : « كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه .. ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل ... فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل الجزئى »[1] ، فهو يجعل الأصل الشرعى هو الملائم لتصرفات الشارع ، والمأخوذ معناه من أدلته ، ويقول : إنه لم يشهد لهذا الأصل نص معين .

---

(١) الموافقات جـ ١ ص ٣٩ .

وفى كتابه الاعتصام يستعمل الطريقة الأخرى وهى جعل الإرسال فى المصلحة الجزئية لا فى الأصل الكلى فيقول : « والثانى : أن يلائم تصرفات الشارع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين وهو الاستدلال المرسل ، المسمى بالمصالح المرسلة »[١] . فهو يشترط أن يوجد لذلك المعنى ، أى المصلحة فى الفرع ، جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، فالإرسال وصف للمصلحة الجزئية ، وأما الجنس فهو جنس اعتبره الشارع فى الجملة .

٣ — وطريقة الاستدلال الثالثة هى إجراء القياس فى مثل هذه المصالح . وهذا النوع من القياس هو قياس فى القواعد أو المصالح ، ومعناه التسوية بين الفرع والأصل فى مصلحة معينة ، فينتقل جنس حكم الأصل إلى الفرع فيأخذ الفرع منه نوعاً من الحكم يحقق المصلحة فى هذا الفرع بالذات . ففى تضمين الصناع ، الحكم الذى ينتقل من الأصل — أى منع تلقى الركبان — هو جواز تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة وهذا جنس يأخذ الفرع منه نوعاً يناسبه ، أى تقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة الصناع ، فى حين أن حكم الأصل هو المنع من تلقى الركبان ، وهو لا ينتقل إلى الفرع ، وهو تضمين الصناع ، بل ينتقل جنسه ثم يأخذ هذا الفرع نوعاً من هذا الجنس يتناسب معه .

وسنرى أن بعض الحنفية أخذوا بالمصلحة المرسلة ، وأجروا فيها هذا النوع من القياس .

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١١٥ .

المبحث الثالث

علاقة المصلحة بالنص الشرعى

تمهيد وتقسيم :

قلنا إن المصلحة المرسلة عند مالك هى المصلحة التى لا يشهد نص معين باعتبارها ولا بإلغائها ، ولكنها مصلحة ملائمة . ولقد عرفنا أن ملاءمة المصلحة تعنى دخولها تحت جنس اعتبرته الشريعة ، أو أصل استقرى من مجموع نصوصها . وعلى هذا ، فإن علاقة المصلحة بالنص تبدو فى ناحيتين :

أولاهما : من ناحية رجوع المصلحة الجزئية فى الفرع أو النازلة إلى الأصل الكلى أو الجنس الذى شهدت له النصوص فى الجملة . وهذا هو الشرط الضرورى فى اعتبار كل مصلحة فى التشريع ، وهو الذى يفرق بين المصالح الملائمة والمصالح الغريبة التى يحكى كتاب المالكية رفض القول بها ، لا عند مالك وحده ، بل عند كافة المنتسبين للشريعة . وهو ما قصدنا بيانه فى المبحثين السابقين ، وقد قدمنا هناك ما فيه الكفاية فلا داعى إذن لإعادته .

ثانيهما : من ناحية عدم مصادمة المصلحة للنص المعين ، وهذا الشرط هو الذى يفرق بين المصلحة المرسلة والمصلحة الملغاة . والمقصود بمصادمة المصلحة للنص المعين أن تقتضى المصلحة حكما فى الواقعة يخالف الحكم الذى يدل عليه النص فيها ، سواء كانت دلالة هذا النص على الحكم دلالة قطعية أو ظنية . أو بعبارة أخرى سواء قصد بالنص ما يرادف الظاهر وهو « اللفظ الذى يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع » ، كما يقول الغزالى الشافعى . أو « ما تردد بين معنيين فأكثر هو فى أحدهما أرجح » ،

كما عرفه به القرافى المالكى . أم قصد به « اللفظ الذى لا يتطرق إليه احتمال أصلا لا على قرب ولا على بعد » كما يقول الغزالى ، أو « مادل على معنى قطعاً لا يحتمل غيره قطعاً » كما هى عبارة القرافى .

وإذا كانت هذه الحقيقة واضحة من تعريف المصلحة المرسلة عند المالكية ، وهى التى تؤيدها الفتاوى التى رويت عن الإمام مالك رضى الله عنه ، إلا أن بعض من كتبوا فى المصلحة نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة على نص الكتاب والسنة ، بل ويترك بها خبر الآحاد . ولذلك فإنى أقسم هذا المبحث إلى فرعين : فى أولها : أرد شبه الذين ينسبون إليه تقديم المصلحة على النص ، وفى ثانيهما ، أرد شبه القائلين بأنه يرد خبر الواحد بالمصلحة .

الفرع الأول

رد شبه من نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة على النص

ذكر بعض الكتاب المحدثين أن الإمام مالكا رضى الله عنه يقدم رعاية المصلحة على النص ، وأنه يعمل بالمصلحة المعارضة للكتاب والسنة وقدموا دليلا على دعواهم هذه عدة فروع فى الفقه المالكى زعموا أن سند مالك فيها هو المصلحة فى مقابلة النص .

وبعض هؤلاء الكتاب يفسر تقديم المصلحة على النص بما يفيد أنه من باب تخصيص النص بالمصلحة . ومعنى هذا أن المصلحة عندهم لا تعارض إلا النص الظنى ، ذلك أن الذى يقبل التخصيص هو العام ، والعام من قبيل الظاهر وليس من قبيل النص[1] .

---

(١) راجع شرح تنقيح الفصول ص١٨ حيث يقول القرافى : « فاللفظ متى رجح فى احتمال من الاحتمالات قلت أو كثرت سمى ذلك اللفظ ظاهراً بالنسبة إلى ذلك المعنى كالعموم بالنسبة =

ومن هذا الرأى الدكتور مصطفى زيد ، يقول سيادته فى رسالته[١] :
ولكن ثمة طائفة من فتاوى مالك خصصت النص بالمصلحة كفتواه رضى الله عنه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة التى تتضرر به حتى لا يلحقها أذى من تعيير أو أنفة زوج مثلا ، مع أن آية :«والوالدات ..» صريحة فى وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء .. . وفتواه بسجن المتهم بالسرقة وضربه تعذيباً له حتى يقر ، مراعاة لمصلحة أرباب الأموال الذين لا يتمكنون من إقامة البينة على السارق مع أن حديث « واليمين على من أنكر » عام كما هو واضح . . وفتواه بتضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً ، إذ الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية ... وفتواه فى المرأة تطلق وهى حائض ثم ينقطع حيضها قبل سن اليأس بأن تنتظر الأشهر التسعة ثم تنتظر بعد ذلك ثلاثة أشهر هى عدتها ، مع أنها ليست من ذوات الأشهر . . . فهل تعنى هذه الفتاوى وزميلاتها أن مالكا يقدم رعاية المصلحة على النص ؟ إن ابن العربى يصرح بهذا ولكنه يسميه استحساناً[٢] .

= إلى الاستغراق فإن اللفظ ظاهر منه دون الخصوص » ، والمستصفى ج ١ ص ٣٦٧ حيث يقول الغزالى: « والعموم يفيد ظن الاستغراق عند القائلين به ، لكنه يحتاج إلى البيان ليصير الظن علماً فيتحقق الاستغراق ، أو يتبين خلافه فيتحقق الخصوص» ويقول : ٣٧٨ : « العموم ... مجمل عند أكثر المتكلمين متردد بين الاستغراق والخصوص ، وهو ظاهر عند أكثر الفقهاء فى الاستغراق ، وإرادة الخصوص به من كلام العرب» ويقول : ٤٠١ «أن العموم إن جعلناه ظاهراً فى الاستغراق لم يكن فى التخصيص إلا إزالة ظاهر » .

(١) المصلحة فى التشريع الاسلامى ونجم الدين الطوفى ص ٥٢ .

(٢) ومن هذا الرأى أيضاً الأستاذ على حسب الله . انظر كتابه أصول التشريع الاسلامى ص ٢٥٥ حيث يقول: «فاذا عارضت المصلحة نصاً أو قياساً كان ذلك مجالا للبحث» . ثم قال «إذا استعرضنا ما قدمناه من الفروع المأثورة فى رعاية المصلحة وجدنا منها ما اعتبرت فيه المصلحة مع معارضتها للكتاب أو السنة أو القياس » ثم ذكر بعض أمثلة المصالح التى تعارض النص فقال إن منها «قتل الزنديق المتستر وإن تاب إذا خيف ضرره، محافظة على الدين، وهو معارض لقوله : « أمرت أن أقاتل الناس ... » إلخ . وجواز التسعير عند الحاجة إليه ، وجواز =

أما صاحب رسالة تعليل الأحكام فإنه يفسر تقديم المصلحة على النص بما يفيد أن المصلحة عنده لا تعارض النص العام وتقضى عليه بالتخصيص فقط ، حتى تكون المصلحة معارضة للظاهر الذى يفيد الظن كما يرى الفريق الأول ، بل إنه يصرح بأن المصلحة تقدم على النص الخاص الذى ليس تحته إلا فرد واحد فترفع حكم هذا النص ، ويسمى ذلك تعطيلا للنص تمييزاً له عن النسخ ، بل وتقدم المصلحة على جميع مدلول النص العام بحيث لا يعمل بالنص العام فى فرد من أفراده ، وأخيراً فان المصلحة تقدم على الإجماع حتى على فرض أنه حجة قطعية ، وأنه منقول إلينا بالتواتر إذا أضحى العمل بالإجماع لايحقق المصلحة ، وإن كان فضيلته يقصر ذلك على المعاملات دون العبادات.وإليك عبارات فضيلته لتعرف منها حقيقة رأيه:

يقول فضيلته فى بيان أن شيوخ المالكية يعملون بالمصلحة فى مقابلة الدليل[١] : « والذى يعنينا من ذلك هو أنهم اعتبروا المصلحة فى التشريع، سواء كانت فى مقابلة دليل أم لا » .

ويقول مؤكداً أن هذا مذهب الإمام مالك نفسه[٢] : « ونحن إذا رجعنا إلى فتاوى الإمام نفسه ، وما عمل به من المصلحة وجدناه رضى الله عنه اعتبرها ولو كانت فى مقابلة النص » .

ثم ينعى على من قسموا المصلحة بما يجعل المرسلة غير معارضة للنص ، مدعين أن ذلك هو مذهب مالك — اعتماداً على القول بأن فتوى يحيى للملك فتوى على خلاف النص فتلغى — فيقول[٣] : « وهذا التقسيم

= تلقى الركبان إذا كثرت السلع .... وجواز قطع الشوك إذا اعترض طريق الحجاج وآذاهم وقد نهت السنة عن كل ذلك » .

(١) رسالة تعليل الأحكام ص ٣٦٦ .

(٢) السابق ٣٦٧ .

(٣) السابق ٢٨١ .

فى ذاته حاصر . . . ولكن الذى يؤخذ عليه تسميتهم النوع الثانى بالملغاة ، لأن مجرد مخالفة المصلحة لمقتضى نص خاص لا يلغيها».

ويقول[١]: «فلا وجه لقول من يقول إن المصلحة إذا كانت فى مقابلة النص لا تعتبر مطلقاً ، مدعياً أن هذا هو مذهب مالك رضى الله عنه ، أخذاً من إنكار علماء المالكية على يحيى ، لأنه رضى الله عنه قد اعتبرها فيما ورد عنه من الفتاوى وإن كانت فى مقابلة النصوص» .

ويقول فى تأكيد أن المصلحة يترك بها النص بجميع أفراده ، راداً على من يكتفى بالقول بتخصيص المصلحة للنص العام ، حتى يبقى العمل بالنص ولو جزئياً[٢] ، مطلقاً على هذا الرفع لجميع مدلول النص أنه تعطيل للعمل بالنص فقط ، وليس نسخاً دائماً له : «قد يقول قائل ، إن هذه المصلحة المخصصة لا يصدق عليها أنها مصلحة صادمت نصاً أو عارضته ، لأن معنى المصادمة أو المعارضة أن تكون دالة على نقيض ما دل عليه النص ، وهذا لا يتحقق إلا فى مصلحة تلغى النص بجميع أفراده حيث يصبح النص غير معمول به. ولكن فى التخصيص النص بقى العمل به فيما عدا المخرج بالتخصيص.

«والجواب : أن الدليل الذى سوغ التخصيص بها يجوز ترك النص بجميع أفراده بها ما دام الفرض تحقيق المصالح للناس . على أن العمل بالمصلحة لا ينسخ العمل بالنص ، بل غاية ما فيه تعطيل العمل به مؤقتاً» .

ويقول مناقشاً لأتباع الإمام مالك الذين اشترطوا عدم مصادمة المصلحة أو مناقضتها للنص الشرعى ، على تفسير المناقضة برفع جميع مدلول النص ، وليس فقط بإخراج بعض أفراده، مع أن أحداً من الأتباع لم يعترف بذلك(٣).

---

(١) رسالة تعليل الأحكام ص ٣٧٢ .

(٢) السابق ص ٣٧٠ .

(٣) السابق ص ٣٧٠ .

« فإذا ثبت عنه العمل بالمصلحة تخصيصاً للنصوص واعترف به الأتباع، فماذا يقولون فى نص تحته فرد واحد وأضحى العمل به يلحق بصاحبه العنت والضرر ؛ أيعترفون بجواز العمل بالمصلحة فى مقابلة ذلك النص ، وهو نقض لذلك الشرط الذى شرطوه ، أم يمنعون العمل بها ، وهو إهدار للأدلة المبيحة للعمل بالمصلحة وهى فى مجموعها تفيد قطعاً ، وهذا النص الجزئى لا يفيد إلا الظن » .

ويقول فضيلته فى بيان أن فتوى يحي المشهورة لا يزيدها ضعفاً أنها مخالفة للإجماع فوق مخالفتها للنص[1] ذلك أن المصلحة عنده كما ترفع حكم النص ، ترفع الحكم المجمع عليه من جميع المجتهدين فى عصر من العصور إذا أضحى الإجماع غير محقق للمصلحة :

« وعندى أن مخالفة الفتوى لهذا الإجماع لا يزيدها ضعفاً على مخالفتها للنص ، لأن المصلحة إذا كانت من الأدلة المعتبرة فمقابلتها لغيرها من الأدلة يعتمد فيها الترجيح بالقوة لا بكون المقابل إجماعاً أو غير إجماع إذا كان الحكم مما يعتبر فيه المصلحة بأن كان بعيداً عن العبادات وما شاكلها مما يوقف فيه عند النص » .

هذه هى العبارات التى عرض بها فضيلته رأيه فى أن الإمام مالكا رضى الله عنه يقدم المصلحة على النص مطلقاً ، سواء كان هذا النص عاماً ، والمصلحة تخرج منه بعض الأفراد ، أو عاماً والمصلحة تخرج منه كل الأفراد ، أو كان نصاً خاصاً تحته فرد واحد . وسواء أكان هذا الذى تقدم عليه المصلحة نصاً من الكتاب أو السنة ، وأن المصلحة تقدم على الإجماع الذى أضحى لا يحقق المصلحة وبالجملة فإن المصلحة عنده تقدم على كل دليل نصاً أو إجماعاً أو غيرهما ، وسواء فى ذلك الدليل القطعى متناً وإسناداً كالإجماع ،

---

(١) رسالة تعليل الأحكام ص ٣٧١ .

أو النص الخاص من الكتاب أو السنة المتواترة ، والدليل القطعى من حيث السند دون المتن كعام الكتاب والخبر المتواتر ، والدليل الظنى من حيث المتن والإسناد كعام خبر الواحد والقياس .

وسوف نرى أن الطوفى الذى يصرح بأن مذهبه فى المصلحة أبلغ من مذهب مالك رضى الله عنه ويقول : « اعلم أن هذه الطريقة التى ذكرناها ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ماذهب إليه مالك ، بل هى أبلغ من ذلك[١] ، لا يقدم رعاية المصلحة على نص خاص أو يقول بها فى مقابلة النص القطعى فى سنده ودلالته ، بل يؤكد أن النص والإجماع إن خالفاها ، أى المصلحة ، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما ، والتعطيل لها »[٢] .

ويقول إنه إذا تبين للمجتهد أن هناك ضرراً اقتضت المصلحة منعه ودفعه « فإن اقتضاه - أى الضرر - دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصها بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » جمعاً بين الأدلة »[٣] .

ويقول مؤكداً أن فرض مخالفة المصلحة للنص الذى توافرت له القطعية من جهة المتن والسند فرض باطل[٤] : « فإن فرض عدم احتماله - أى النص - من جهة العموم والإطلاق ونحوه ، وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه ، منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة . وإن كان آحاداً محتملا فلا قطع ، وكذا إن كان متواتراً محتملا ، أو آحاداً

---

(١) المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٠٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٢٢ .

صريحاً لااحتمال فى دلالته بوجه ، لفوات قطعيته من أحد طرفيه: إما متنه وإما سنده » .

ولقد قدم هؤلاء الكتاب دليلا على دعواهم أن مالكا يقدم رعاية المصلحة على النص ، من فسر منهم هذا التقديم بأنه تخصيص وإخراج لبعض مدلول النص ، ومن جعله شاملا لرفع جميع مدلول النص أو مخالفة الحكم المجمع عليه – قدموا فتاوى نسبوا القول بها إلى إمام دار الهجرة ، قالوا إنها فتاوى خصص فيها النص أو رفع بها جميع مدلوله ، بالمصلحة المرسلة .

والواقع ن كل ماقدموا من الفتاوى لايصلح دليلا على دعواهم ، فبعض هذه الفتاوى نسبت خطأ إلى مالك رضى الله عنه، وهو لم يقل بها ولم يروها الثقات عنه ، وذلك كالفتوى التى نسبت إليه بجواز ضرب المتهم وإكراهه بالتهديد والحبس والقيد على الإقرار .

وبعض هذه الفتاوى وإن كانت نسبتها إليه نسبة صحيحة ، إلا أن سند الفتوى فيها ليس هو المصلحة المرسلة ، وإنما النص ، أو الإجماع ، أو القياس ، أو العرف ، أو استنباط المناط بطريق الاجتهاد .

ومثال الفتاوى التى كان مدرك الفتوى فيها هو النص قتل الزنديق المتستر ، وعدم قبول توبته ، وضرب المتهم على القول بأنه مروى عن مالك ، وعدة من تباعدت حيضتها . فسوف ترى واضحا أن شيوخ المالكية الذين نسبوا هذا الفتاوى إلى مالك ، ذكروا أن سند الفتوى كان النص من الكتاب أو السنة ، وإن كانوا يذكرون المصلحة المترتبة على الفتوى مع ذكر السند من النص .

ومثال الفتاوى التى كان سند مالك فيها إجماع أهل المدينة قبول شهادة الصبيان فى الجراح ، وعدة من تباعدت حيضتها .

ومثال الفتاوى التى كان سند مالك فيها هو العرف فتواه بعدم إلزام الزوجة الشريفة بإرضاع ولدها .

ومثال الفتاوى التى كان دليلها القياس أو المصلحة التى شهد لها الأصل المعين ، الأكل من الغنيمة عند الحاجة ، وجواز قطع الشوك إذا اعترض الحجاج وآذاهم.

ومثال الفتاوى التى كان مبناها على استنباط مناط الحكم بطريق الاجتهاد جواز التسعير عند الحاجة إليه ، وجواز تلقى الركبان عند كثرة السلع .

وأما الفتاوى التى صحت نسبتها إلى مالك رضى الله عنه ، وكان سند الفتوى فيها هو المصلحة ،فليس فيها فتوى بناء على مصلحة قدمت على النص وذلك لأن بعض النصوص التى ادعوا أنها تخالف المصلحة لا تشمل الواقعة موضوع الفتوى ، وذلك كما فى تضمين الصناع وضرب المتهم ، فلا يقال أن المصلحة على خلاف هذا النص ، وعلى فرض أن الواقعة موضوع الفتوى تدخل تحت الظواهر والعمومات الضعيفة فإن الذى يخصص هذه العمومات، ويؤول تلك الظواهر ليس هو المصلحة المجردة ، وإنما هو النصوص الكثيرة التى تشهد لجنس هذه المصلحة بالاعتبار ، وقد علمت أن كل مصلحة يأخذ بها مالك فى التشريع مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وأن هذه الملاءمة تتحقق بدخول المصلحة تحت أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة . وبذلك لا يبقى فى هذه الفتاوى متعلق لهؤلاء الكتاب فى القول بأن مالكا يقدم رعاية المصلحة على النص أو أنه يأخذ بالمصلحة المعارضة للنصوص .

وسوف أعرض لكل فتوى من هذه الفتاوى بالتفصيل ، فأبين مصدرها، ومدى صحة نسبتها إلى مالك رضى الله عنه ، ثم أثبت أنها لا تفيد أن مالكا

يقدم رعاية المصلحة على النص بحال، وقد فصلت القول فى هذا اعتقاداً منى أن موضوع علاقة المصلحة بالنص هو أهم مايجب على الباحث أن يوجه إليه من عناية، لما يترتب عليه من النتائج الخطيرة .

وسوف أعرض هذه الفتاوى على الترتيب الآتى :

١ — عدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة .
٢ — تضمين الأجير المشترك .
٣ — قبول شهادة الصبيان فى الجراح .
٤ — عدة من تباعدت حيضتها بالأشهر .
٥ — قتل الزنديق المتستر .
٦ — سجن المتهم وضربه .
٧ — جواز التسعير عند الحاجة .
٨ — جواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع .
٩ — جواز الأكل من الغنيمة عند الحاجة .
١٠ — قطع نبات الحرم الذى يؤذى الحجيج .

الفتوى الاولى : عدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة .

يقرر بعض من كتبوا فى المصلحة أن الإمام مالكا رضى الله عنه أفتى بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة، وأن سند مالك فى هذه الفتوى هو المصلحة، وأنها مصلحة كمالية أو حاجية لا تبلغ مبلغ الضرورة، هذه المصلحة تتمثل فى المحافظة على جمال الشريفة، ودفع الأذى الذى يلحقها من تعيير أو أنفة زوج، وأضاف أن هذه المصلحة على خلاف نص كتاب الله تعالى وذلك قوله سبحانه : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين »، الذى يدل على وجوب الإرضاع على كل والدة دون استثناء[1] .

(١) انظر فى هذا رسالة تعليل الأحكام ص ٣٦٨ فقد جاء فيها: « وأفتى رضى الله عنه فى الشريفة التى تتضرر بالإرضاع : بأنه لا يجب عليها الإرضاع محافظة على جمالها، وأن هذا ليس من عادة قومها . فلو فعلت لحقها أذى من تعيير أو أنفة زوج أو غير ذلك . =

وخرج هذا الفريق من ذلك بأن مالكا يقدم رعاية المصلحة على نصوص الكتاب والسنة .

ولو أن هذه مصلحة ملائمة تدخل تحت أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة ، لقلنا إن النصوص التي شهدت لجنس المصلحة قد خصصت هذه الآية ، ولكن هذه مصلحة غريبة لا تشهد النصوص لجنسها ، فإن الشارع لم يعتبر مصلحة المحافظة على جمال المرأة في الإخراج من النصوص ، فضلا عن أن يفرق في ذلك بين المرأة الشريفة والمرأة غير الشريفة ، بل إن الشريفة إن ذهب جمالها بالإرضاع شفع لها شرفها ، بخلاف غير الشريفة التي لا تملك ما تحبب به الزوج فيها غير جمالها ، فكانت المصلحة - على فرض وجود مصلحة تقضي بترك عموم الآية — تقضي بعكس ما يقرره ذلك البعض ، وهو وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة دون الدنيئة .

والواقع أن ما ذهب إليه ذلك البعض لا يمثل الحقيقة ، ولو في بعض جوانبها ، أما أن هذه الفتوى قد رويت عن مالك فذلك لا نزاع فيه ، كما سنرى ، وأما أن سند مالك في هذه الفتوى هو المصلحة المرسلة فهو غير صحيح ، وعلى فرض صحته ، فإن هذه المصلحة ليست من المصالح الكمالية المتعلقة بالجمال والقبح ، والشرف والدناءة ، والتعيير والمدح ، فإن هذه المعاني لا تؤثر في إسقاط الحقوق وترك الواجبات . ولم يعهد في تصرفات الشرع شيء من ذلك ، والناس سواسية أمام الله عز وجل في أداء الحقوق ، والالتزام بالواجبات . لا يسقط الواجب عن شريفة شرفها ، ولا يزيد

= وهذا كما ترى تخصيص لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » الآية بمصلحة كمالية أو حاجية لا تصل إلى مرتبة الضرورة » ، وراجع المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى زيد . يقول سيادته : « ولكن ثمة طائفة من فتاوى مالك خصصت النص بالمصلحة ، كفتواه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة التي تتضرر به ، حتى لا يلحقها أذى من تعيير أو أنفة زوج مثلا ، مع أن آية « والوالدات يرضعن أولادهن » صريحة في وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء » .

من الحقوق التى تثقل كاهل الفقيرة فقرها . بل الأمر متعلق بتنظيم العلاقة المالية بين الزوج وزوجته ، فإذا بين العقد هذه الحقوق اتبعت ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، وإن لم ينظما ذلك فى العقد كان العرف هو المحكم والمعروف عرفاً كالشروط شرطاً . والعرف فى زمن مالك وقبله كان يقضى بأن الإرضاع ، ومعالجة الأطفال والخدمة فى المنزل لا يلزم الشريفة ، فإن هى فعلت فلها الأجر على ذلك ، وأما الزوجة الدنيئة فكان العرف يقضى بأنه لا تجب لها أجرة على فعل هذه الواجبات . فحكم مالك هذا العرف ، ولم ينظر قط إلى الجمال والقبح ، والتعيير والأنفة فى هذه الفتوى.

وعلى فرض أن سند مالك فى هذه الفتوى هو المصلحة الكمالية المتعلقة بالجمال ، فإن هذه الفتوى ليست على خلاف النص ، ذلك أن الاتفاق قائم بين المفسرين على أن قوله تعالى: « والوالدات يرضعن ...» لا يدل على وجوب الإرضاع على كل والدة ، وإن اختلفوا بعد ذلك فيما تدل عليه الآية من معان ، وما يؤخذ منها من أحكام ، ولم يذكر لنا أحد ممن زعموا أن الآية صريحة فى وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء مصدراً واحداً يمكن للباحث أن يرجع إليه فى التعرف على هذا المعنى الذى فهموه من الآية وسترى أنى تتبعت كل ما أمكننى الوصول إليه من كتب التفسير ، فلم أجد مفسراً واحداً يقول إن الآية صريحة فى وجوب الإرضاع على كل والدة دون استثناء . بل على العكس من ذلك ، فإن بعض المفسرين يحكى الاتفاق بين العارفين بمعانى القرآن على عدم دلالة الآية على وجوب الإرضاع . هذا هو مجمل ردنا على دعوى هؤلاء الكتاب ، وإليك تفصيل هذا الرد والحجج والأدلة التى نعتمد فيه عليها .

أولا : إجماع المفسرين على أن آية : « والوالدات يرضعن ... » لا تدل على وجوب الإرضاع على كل والدة دون استثناء .

رأينا أن وجه استدلال هؤلاء الكتاب بهذه الآية على أن مالكا يقدم

رعاية المصلحة على النص ، أن فتواه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة يخالف هذه الآية . ذلك أن هذه الآية تدل — فى نظرهم — على وجوب الإرضاع على كل والدة دون استثناء ، فإذا ثبت أن هذه الآية لادلالة لها على ذلك انهارت دعواهم من أساسها . وأنا أترك المقام لكبار المفسرين يردون عليهم دعوى دلالة الآية على وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء .

١ — قال الطبرى فى تفسيره[1] : « يرضعن أولادهن » يعنى بذلك أنهن أحق بإرضاعهم من غيرهن ، وليس ذلك بإيجاب من الله تعالى ذكره عليهن رضاعهم ، إذا كان المولود له والداً حياً موسراً ، لأن الله تعالى ذكر فى سورة النساء القصرى . « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » فأخبر تعالى أن الوالدة والمولود له إذ تعاسرا فى الأجرة التى ترضع بها المرأة ولدها ، أن أخرى سواها ترضعه ، فلم يوجب عليها فرض رضاع ولدها . فكان معلوماً بذلك أن قوله : « والوالدات يرضعن ... » دلالة على مبلغ غاية الرضاع التى متى اختلف الوالدان فى رضاع المولود بعدها جعل حداً يفصل به بينهما ، لا دلالة على أنه فرض على الوالدات رضاع أولادهن » .

٢ — وقال الإمام الرازى فى التفسير الكبير[2] ، فى تفسير الآية : « هذا الأمر ليس أمر إيجاب ، ويدل عليه وجهان : الأول قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، ولو وجب عليها الإرضاع ما استحقت الأجرة . الثانى أنه تعالى قال بعد ذلك « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » وهذا نص صريح . . إذا ثبت أن الإرضاع غير واجب على الأم ، فهذا الأمر محمول على الندب من حيث إن تربية الطفل بلبن الأم أصلح له من سائر الألبان . . . هذا إذا لم يبلغ الحال فى الولد إلى حد الاضطرار بألا

---

(١) الطبرى جـ ٢ ص ٤٩٠ .
(٢) جـ ٢ ص ٢٦٣ .

يوجد غير الأم أو لا يرضع الطفل إلا منها ، فواجب عليها عند ذلك أن ترضعه كما يجب على كل أحد مواساة المضطر فى الطعام » .

٣ - وقال ابن كثير فى تفسير القرآن العظيم[١] ، عند تفسير الآية: « هذا إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهى سنتان » .

٤ - وقال القنوجى فى تفسيره فتح البيان(٢) ، عند تفسير الآية : « والآية تدل على وجوب الإرضاع على الأم لولدها ، وقد حمل ذلك على ما إذا لم يقبل الرضيع غيرها » .

٥ - وقال الجصاص فى أحكام القرآن(٣) عند تفسير الآية: « لا خلاف فى أنه لم يرد به الخبر ... لم يخل من أن يكون المراد إيجاب الرضاع على الأم وأمرها به . . وأن يريد به إثبات حق الرضاع الأم وإن أبى الأب ، أو تقدير ما يلزم الأب من نفقة الرضاع . فلما قال فى آية أخرى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، وقال تعالى : « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » دل ذلك على أنه ليس المراد الرضاع شاءت الأم أم أبت ، وأنها مخيرة فى أن ترضع أو لا ترضع فلم يبق إلا الوجهان الآخران ، وهو أن الأب إذ أبى استرضاع الأم أجبر عليه ، وأن أكثر ما يلزمه من نفقة الرضاع للحولين... «يرضعن أولادهن» ليس فيه إيجاب الرضاع عليها وإنما جعل به الرضاع حقاً لها لأنه لا خلاف أنها تجبر على الرضاع إذا أبت وكان الأب حياً » .

٦ - وقال ابن العربى فى أحكام القرآن(٤) عند تفسير الآية: « اختلف الناس هل هو حق لها ، أم هو حق عليها ، واللفظ محتمل ، لأنه لو أراد

---

(١) جـ ١ ص ٢٨٣ .
(٢) جـ ١ ص ٣٠٢ .
(٣) جـ ١ ص ٤٧٧ .
(٤) جـ ١ ص ٢٠٤ .

التصريح بقوله عليها لقال: «وعلى الوالدات إرضاع أولادهن حولين كاملين» كما قال تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» قلنا هو عليها فى حال الزوجية، وهو عليها إذا لم يقبل غيرها ، وهو عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به ، ولمالك فى الشريفة رأى خصص به الآية فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة وهذا من باب المصلحة » .

٧ — وقال ابن حيان فى تفسيره البحر المحيط[1]: «فى قوله تعالى والوالدات يرضعن ، صورته خبر محتمل أن يكون معناه خبراً ، أى فى حكم الله تعالى الذى شرعه ، فالوالدات أحق برضاع أولادهن ... ويحتمل أن يكون معناه الأمر .. لكنه أمر ندب لا إيجاب ، إذ لو كان واجباً لما استحق الأجرة، وقال تعالى « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى» فوجوب الإرضاع إنما هو على الأب لا على الأم ، وعليه أن يتخذ له ظئراً إلا إذا تطوعت الأم بإرضاعه ، وهى مندوبة إلى ذلك ولا تجبر عليه ، فإذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد له ظئر وعجز الأب عن الاستئجار وجب عليها إرضاعه . فعلى هذا يكون الأمر للوجوب فى بعض الوالدات . . . ومذهب مالك أنه — أى الإرضاع — حق على الزوجة لأنه كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات نسب فعرفها ألا ترضع » .

وعلى هذا فالذى يؤخذ من كلام المفسرين أمور :

١ — أن الآية لا تدل على وجوب الإرضاع على الوالدات مطلقاً ، وقد ظهر لك أن هـــذا محل اتفاق بين المفسرين ، بل إن بعض هؤلاء المفسرين يحكى هذا الاتفاق . يقول الجصاص : ليس « فيه - النص - إيجاب الرضاع عليها ، وإنما جعل به الرضاع حقاً لها ، لأنه لا خلاف أنها لا تجبر على الرضاع إذا أبت وكان الأب حياً .

---

(١) جـ ٢ ص ٢٦٣ .

٢ — أن المفسرين ، بعد اتفاقهم على عدم دلالة الآية على وجوب الإرضاع على الأم — اختلفوا فيما تدل عليه الآية .

فالبعض يرى أن الآية تدل على أن الرضاع حق للأم ، وليس للأب أن يمنعها منه بدفع الطفل إلى أخرى . والبعض يرى أن الآية دالة على مبلغ غاية الرضاع التى متى اختلف الوالدان فى رضاع المولود بعدها جعل حداً يفصل به بينهما . وهناك فريق ثالث يرى أن فى الآية أمراً للوالدات بإرضاع أولادهن ، ولكنهم بعد أن اتفقوا على أن الأمر فيها لا يدل على كل والدة ، اختلفوا فيما يدل عليه . فالبعض يرى أن الأمر فى الآية يفيد الندب والاستحباب ، أو الإرشاد للوالدات أن يرضعن أولادهن ، لأن لبن الأم أصلح للطفل من لبن غيرها ، والبعض الآخر يرى أن الأمر محمول على الوجوب فى حالة الضرورة .

يقول القنوجى : « والآية تدل على وجوب الإرضاع على الأم لولدها ، وقد حمل ذلك على ما إذا لم يقبل الرضيع غيرها » . ويقول ابن حيان : « فإذا لم يقبل غير ثديها ، أو لم يوجد له ظئر وجب عليها إرضاعه ، وعلى هذا يكون الأمر للوجوب فى بعض الحالات » وهذا لا يخالف فيه مالك رضى الله عنه ، فهو يقول بوجوب الإرضاع على الوالدة فى حالة الضرورة لا فرق بين شريفة وخسيسة . وفى هذا يقول صاحب كفاية الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيروانى[١] : « والمرأة ترضع ولدها فى العصمة ، إلا أن يكون مثلها لا ترضع لعلو قدرها ، فإنه لا يلزمها إرضاع ولدها إلا إذا لم يقبل الصبى غيرها فإنه يلزمها إرضاعه ، أو يقبل غيرها إلا أن الأب فقير أو ميت والولد فقير » .

---

(١) رسالة أبى زيد القيروانى ص ١٠٢ .

ثانياً : العرف هو سند فتوى مالك بعدم إلزام الزوجة الشريفة بالإرضاع :

إذا لم تكن الآية دالة على وجوب الإرضاع فما سند مالك فى القول بوجوبه على الزوجة الدنيئة دون أجر بخلاف الشريفة ؟ إن سند ذلك عنده هو العرف الذى يحدد حقوق كل من الزوجين فيما لا نص فيه من هذه الحقوق . فقد جرى العرف فى زمن مالك على أن الزوجة والمعتدة من طلاق رجعى تستحق النفقة فى مقابل التمكين مع القيام بالخدمة وإرضاع الولد ، وذلك إذا لم تكن الزوجة شريفة لا يقوم بالخدمة والإرضاع مثلها ، ومالك طبق هذا العرف على مسألة الإرضاع لما كانت الآية لا تنص عليه ، فقال إن الدنيئة ترضع دون أجر ، أو تؤجر غيرها لذلك ، والشريفة لا تجبر على الإرضاع دون أجر ، وإن تطوعت كان لها الأجر ، فالمسألة إذن تتعلق بالأجر ولا تتعلق بمصلحة كمالية أو غير كمالية قدمت على النص . واسمع إلى المفسرين والمالكية أنفسهم يصرحون بأن أساس هذا الحكم هو العرف لعدم النص على الحكم :

١ — يقول ابن حيان فى البحر المحيط (١) : « ومذهب مالك أنه — أى الإرضاع — حق على الزوجة لأنه كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات نسب فعرفها ألا ترضع » . ومعنى هذا أن وجوب الرضاع على الزوجة العادية دون الشريفة هو العرف ، وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فى عقد الزواج ، ولذلك لم تلزم به الشريفة لأن عرفها ألا ترضع .

٢ — ويقول صاحب كفاية الطالب الربانى رسالة أبى زيد القيروانى : « والمرأة ترضع أى يجب عليها أن ترضع ، إذا كانت فى العصمة أى عصمة أبيه ، أو كانت مطلقة طلاقاً رجعياً وهى فى العدة وليس لها أجر فى نظير

---

(١) البحر المحيط ج ٢ ص ٢١٠ .

ذلك ، لأن عرف المسلمين على توالى الأعصار فى سائر الأمصار جار على أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير طلب أجرة على ذلك »[١] .

٣ — ويقول ابن رشد الحفيد فى بداية المجتهد[٢] : « وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة » .

٤ — ويقول ابن رشد الجد فى المقدمات الممهدات[٣] : « ويستحب للأم أن ترضع ولدها ، فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ليس ابن يرضع به الصبى أعظم بركة عليه من ابن أمه » .

فكلام ابن رشد يشير إلى أمرين : أولها : أن إرضاع الأم ولدها ليس واجباً عليها بل هو مستحب ، ولو كانت الآية تفيد الوجوب لما صرح بالاستحباب . وثانيهما : أنه استدل بالسنة على استحباب الإرضاع ، وهذا يفيد أنه لا يرى الآية دالة على استحباب الإرضاع وإنما على أمر آخر مما سبق الإشارة إليه . وبذلك يثبت أن سند مالك فى إيجاب الإرضاع على من فى العصمة إذا لم تكن شريفة هو العرف وما جرت عليه عادة الناس .

ومن كل الذى قدمناه يتبين أن فتوى مالك بعدم وجوب الإرضاع على الشريفة ليس من باب المصلحة المرسلة رأساً . فضلا عن أن تكون مصلحة عارضت نص الكتاب وقدمت عليه . ذلك أن سند هذه الفتوى كما سبق هو العرف الذى يحدد حقوق وواجبات كل من الزوجين مما لا نص فيه ، وذلك تماماً كما فى فتوى مالك بأن المرأة الشريفة يجب لها الخادم ما دام أن مثلها يخدم فى بيت أبيها ، فكذلك لا يجب عليها الإرضاع لأنه نوع من الخدمة ولذلك يشير كلام مالك إلى ذلك فى المدونة حيث يقول :

---

(١) الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيروانى ج ٢ ص ١٠٢ ، أبوالحسن ج ٢ ص ٩١ ، شرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ٤٦ .

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ج ٢ ص ٥٤ .

« قال : وسألت مالكا عن المرأة ذات الزوج أيلزمها رضاع ابنها ؟ (قال) نعم يلزمها إرضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت إلا أن تكون ممن لا تكلف ذلك ، قال : فقلت لمالك : ومن التى لا تكلف ذلك ؟ قال : المرأة ذات الشرف واليسار الكثير التى ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان فأرى ذلك على أبيه ، وإن كان لها ابن » .

فقوله : « إلا أن تكون ممن لا تكلف ذلك » ثم تفسيره بالمرأة ذات الشرف واليسار الكثير التى ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان يفيد أن مستنده العرف فى ذلك ، فإذا كان العرف يقضى بأن مثلها لا تكلف ذلك فلا تلزم به ، أما إذا كان العرف يقضى بأن مثلها يكلف ذلك فإنه يجب عليها.

ثالثاً : موضوع فتوى مالك تنظيم الحقوق المالية بين الزوجين ولا دخل فيها للجمال والأنفة .

ويجب أن يفهم أن المسألة لا تتعلق بالرضاع نفسه ، حتى يقال إن السبب فى عدم وجوبه على الشريفة هى مصلحة كمالية من الجمال وغيره ، بل المسألة تتعلق بحقوق مالية للزوجين ينظمها العرف إذا لم تدل عليها النصوص ، ولم يقع الاشتراط عليها فى العقد ، ولذلك يصرح الفقهاء المالكية بأن معنى وجوب الإرضاع على الدنيئة أنها إما أن ترضع بنفسها ، وإما أن تدفع أجرة الرضاع مادام العرف يقضى بأن نفقتها على الزوج فى مقابل التمكين والإرضاع ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وأن الزوجة الشريفة إذا أرضعت استحقت الأجر ، وهكذا نجد أن النزاع حول الأجر لا حول الإرضاع الذى يفوت جمال الشريفة دون الخسيسة .

رابعاً : الرد على ظاهر عبارة ابن العربى فى أن مالكا خص آية الإرضاع بالمصلحة :

بقى أن نقول إن ابن العربى صرح بأن « لمالك فى الشريفة رأى

خصص به الآية فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة » ، ثم قال : « وهذا من باب المصلحة » .

وعبارته هذه تفيد أن مالكا يخصص النص بالرأى والمصلحة المجردة .

والواقع أن هذا خطأ وتناقض من ابن العربى وتقوّل على مالك رضى الله عنه بما لم يقله ، وما كان لمالك وهو الذى قال عنه الشاطبى : « إنه رضى لنفسه فى فقهه بالاتباع ، بحيث يخيل لبعض أنه مقلد لمن قبله » وأن أحمد ابن حنبل قال فيه : « إذا رأيت الرجل يبغض مالكا فاعلم أنه مبتدع » ، وهذه غاية فى الشهادة بالاتباع[١]. ما كان له أن يترك آية فى كتاب الله تعالى لرأى رآه أو مصلحة تخيلها معارضة لنص القرآن كما يقول ابن العربى .

ولم يبين لنا ابن العربى ، ولا من نهج نهجه من الكتاب المعاصرين أين وجد مالكا يقول بأن رأيه فى الشريفة يخصص النص ؟ إذ أن مالكا لم يقل ذلك فى شىء من كتبه ، وإنما رويت عنه هذه الفتوى مجردة عن السند ، فظن ابن العربى ومن سار فى طريقه أن مالكا خصص الآية بالرأى ، والسبب فى نسبة هذا وأمثاله إلى مالك أن فتاواه رويت عنه دون بيان السند الذى استند إليه مالك فيها ، فى كثير من الحالات . فخيل لابن العربى أن بعض هذه الفتاوى تخصيص للنص بالمصلحة . والواقع كما سنرى أنه ليست هناك فتوى لمالك فيها عمل بالرأى المجرد فى مقابلة كتاب أو سنة قط .

ومن الغريب أن ابن العربى بعد أن يبين أن الآية ليست نصاً فى وجوب الإرضاع على الأم ، بل هى محتملة ، وأن الله عز وجل لو أراد التصريح بالوجوب لقال : « وعلى الوالدات » ، كما قال « وعلى المولود له رزقهن » ، بعد أن يبين ذلك يقول : « إن لمالك رأياً خصص به الآية ، ولا أدرى كيف يقول ذلك مع أن مالكاً لم يقل به فى شىء من كتبه أو لا ؟ ، وثانيا إذا

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٣٣ .

كانت الفتوى قد رويت عنه دون سند فلم اختار بن العربى القول بأنها رأى خصص النص ولم يقل أنها فتوى سندها العرف مادام النص لا يدل على الوجوب كما فعل غيره من المالكية كابن رشد ، وغيره ؟

الفتوى الثانية :

قال بعض الكاتبين فى المصلحة إن مالكا أفتى بتضمين الأجير المشترك وأن هذه الفتوى كان سندها المصلحة المرسلة ، وأن هذه المصلحة جاءت على خلاف الدليل . وخرجوا من ذلك بأن مذهب مالك تقديم رعاية المصلحة على الأدلة الشرعية[١] .

والغريب أن أحدا من هؤلاء الكاتبين لم يذكر لنا الدليل الذى خالفه مالك بفتواه فى تضمين الصناع ، واكتفوا بترديد عبارة الشاطبى « إن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية » ، مع أنه من البدهيات أن من يدعى أن فتوى معينة جاءت على خلاف الدليل يلزمه إبداء هذا الدليل ونوعه لينظر فيه المخالف ، ويرى ما إذا كان هناك تخالف بينه وبين المصلحة أم لا ، إذ التخالف لا يتحقق إلا إذا كان الدليل يثبت فى الواقعة حكما يناقض الحكم الذى تقتضيه المصلحة ، وهل هذا الدليل نص أو إجماع أو قياس أو غيرها ، وهل هو دليل من أدلة مشروعية الأحكام ، أم من أدلة وقوعها وثبوتها وتحقيق مناطها[٢] .

---

(١) راجع رسالة تعليل الأحكام ص ٣٦٨ يقول مؤلفها عند عرض الفتاوى التى كان سند الفتوى فيها هو المصلحة المخالفة للنصوص والأدلة الشرعية: «ومن ذلك تضمين الأجير المشترك، وإن لم يكن صانعاً . فهو من اعتبار المصلحة فى مقابلة الدليل كما يقول الشاطبى : إن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية . وراجع رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٥٣ يقول مؤلفها عند سرد فتاوى مالك التى خالفت فيها النصوص بالمصلحة : « وفتواه بتضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً ، إذ الإجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية » .

(٢) راجع شرح تنقيح الفصول للقرافى المالكى ص ١٩٨ . فقد قسم الأدلة قسمين فقال : « أدلة الأحكام على قسمين : أدلة مشروعيتها ، وأدلة وقوعها ، فأما أدلة مشروعيتها فتسعة عشر بالاستقراء وأما أدلة وقوعها فلا يحصرها عدد » .

والحق أن الفتوى بتضمين الصناع لاتخالف دليلا شرعياً، نصاً أو إجماعاً أو قياساً ، وإنما هى تحقيق مناط حكم شرعى ثابت بالنص ، فهى تطبيق للنص وليست خروجاً عليه ، ولا استثناء منه، كما فهم ذلك البعض .وحاصل الأمر أن أمام المجتهد فيما يتعلق بهذه الفتوى نصان : أحدهما فى حكم الضمان وهو قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ومقتضاه أن مناط ضمان شخص مال غيره هو العدوان على هذا المال ، وثانى النصين يتعلق بالإثبات ، وهو قول الرسول عليه السلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ومقتضاه أن من يدعى هلاك مال الغير دون تعد فعليه البينة إن كان فى مركز المدعى ، وليس عليه إلا اليمين إن كان فى مركز المدعى عليه . وأما متى يعتبر الصانع مدعياً ، ومتى يعتبر مدعى عليه ، فذلك يرجع إلى تفسير المراد بالمدعى والمدعى عليه ، وتحقيق مناطه فى النوازل المختلفة . فإذا قلنا إن من يدعى خلاف الظاهر الغالب الذى جرت به العادة يعد مدعياً كان الصانع — عند غلبة الخيانة على طائفة الصناع — مدعياً وعليه إقامة البينة على عدم التعدى أو التقصير ، لأنه يدعى خلاف الغالب الظاهر من حال طبقة الصناع . وعلى العكس من ذلك ، فإذا كان الغالب على طبقة الصناع الأمانة ، كان الصانع مدعياً ما يشهد له الظاهر الغالب ، فهو إذن مدعى عليه ، فلا يلزم — عند دعواه التلف أو الهلاك — إلا باليمين ، وعلى صاحب السلعة الذى يدعى خلاف الظاهر أن يقيم الدليل على أن الهلاك كان بتعد أو تقصير من الصانع ، لأنه مدع بهذا المعنى . وسواء أفتينا بتضمين الصناع أو عدم تضمينهم . فإننا لا نخالف نصاً ولا نقدم مصلحة عليه ، بل نطبق النصين على أكمل وجه وأتمه ، كما سنرى ذلك مفصلا بعد .

وعلى فرض أن الفتوى بتضمين الصناع ليست إعمالا للنصوص ، وإنما هى فتوى بناء على المصلحة التى قدمت على مقتضى النص ، فإن المصلحة

فى التضمين ليست مصلحة مجردة ، بل مصلحة تشهد لها النصوص الشرعية ، فهذه المصلحة عند القائلين بها مصلحة معتبرة يشهد لها الأصل المعين ، ذلك الأصل هو الرهن والعارية ، كما نص عليه صاحب المنتقى فى شرح موطأ مالك ، ونبه عليه الإمام الشافعى فى الأم . وفوق ذلك ، فلقد سبق أن أقمنا الأدلة على أن تضمين الصناع مصلحة تدخل تحت جنس اعتبره الشارع ، لا بدليل واحد . ولا بنص معين . وإنما بجملة نصوص ومجموع أدلة تفوق الحصر وتفيد القطع . وهذا الجنس هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فى كل نازلة لا نص فيها بعينها إذا كانت مناطاً لهاتين المصلحتين . وسواء كانت هذه المصلحة من المصالح الداخلة فى القياس أو المصالح الملائمة فإن الذى خصص الدليل — على فرض وجود دليل على خلاف هذه المصلحة — هو النص المعين الذى شهد لعين المصلحة أو النصوص الكثيرة التى شهدت لجنسها . وليس فيه تقديم لمصلحة مجردة يراها مالك أولى بالرعاية والتقديم على الأدلة الشرعية .

هذا هو مجمل ردنا على هؤلاء الكتاب ، وإليك هذا الرد والحجج التى نستند إليها فيه على وجه التفصيل . ويحسن بنا قبل الاستطراد فى هذا أن نذكر حقيقة مذاهب الفقهاء فى تضمين الصناع .

أولا — مذاهب العلماء فى تضمين الصناع :

هناك اتجاهات ثلاثة فى الفقة الإسلامى فى تضمين الصناع :

الاتجاه الأول : أن الصانع لا يضمن إلا إذا أثبت صاحب السلعة تقصير الصانع أو تعديه ، ومعنى هذا أن يد الصانع يد أمانة ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدى ، ولا يظهر التعدى إلا إذا قامت البينة عليه ، فإذا لم يقم رب السلعة البينة على خطأ الصانع أو تقصيره كان الصانع غير ضامن ما ادعى ضياعه أو هلاكه ، وقد قال بذلك الشافعى وأبو حنيفة رضى الله عنهما .

فقد جاء فى الأم[١] ، قال الشافعى رحمه الله تعالى : « وثابت عن عطاء أنه قال لا ضمان على صانع ولا على أجير ، فأما ما جنت أيدى الأجراء والصناع فلا مسألة فيه ، وهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده والجناية لا تبطل عن أحد ، وكذلك لو تعدوا ضمنوا ، قال الربيع : « الذى يذهب إليه الشافعى فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الصناع » .

وجاء فى الأم أيضا[٢] : « ولو أن الثوب ضاع عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط فى عمله ، فإن أبا حنيفة قال لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم » .

وجاء فى مجمع الضمانات[٣] . « الأجير المشترك هو الذى يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس ، كالقصار والصباغ فله أن يعمل للعامة . . والمتاع أمانة فى يده إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبى حنيفة . وله أن العين أمانة فى يده لأن القبض بإذنه والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر » .

وفى مشتمل الهداية : « لو قال الأجير المشترك سرق أو هلك صدق مع حلفه عنده لأن يده يد أمانة عنده . . . نقله صاحب مجمع الضمانات »[٤] .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن يد الصانع والأجير المشترك يد أمانة وأنه لا يضمن دون إثبات التعدى أو التقصير ، أو الخطأ فى العمل الذى كلف به .

الاتجاه الثانى . أن الصانع أو الأجير المشترك ضامن لما تسلمه من السلع ، وأن هناك قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على أن كل ما ضاع أو هلك

---

(١) الأم ج ٧ ص ٨٨ .

(٢) الام ج ٧ ص ٨٧ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٧

(٤) المرجع السابق ص ٢٧ .

فهو بتقصيره ، فلا يسمح له والحال كذلك بإثبات أن التلف أو الهلاك أو الضياع لم يكن بسبب من جانبه وإنما كان بسبب لا يد له فيه كاحتراق بيته و غير ذلك .

وقد قال بذلك شريح وابن أبي ليلى ، فقد جاء فى الأم[١] : « وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح فضمن قصاراً احترق بيته ، فقال تضمنني وقد احترق بيتي ؟ فقال شريح . أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرتك ؟ قال الشافعى رحمه الله تعالى : أخبرنا عنه ابن عيينة بهذا » .

الاتجاه الثالث: أن الصانع لو ادعى الهلاك أو السرقة أو غير ذلك فإنه يضمن حتى يقيم الدليل على أن هذا الهلاك لم يكن بسبب من ناحيته .ومعنى هذا أن هناك قرينة فى صالح رب السلعة أن كل هلاك إنما هو بتقصير من الصانع، إلا أن هذه القرينة يمكن إثبات عكسها ، وذلك إذا أثبت الصانع السبب الأجنبي أو الحادث الذى لا يد له فيه ، والذى أدى إلى الهلاك أو الضياع . وقد قال بذلك أبو يوسف ومحمد أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه . وهو مذهب المالكية . فقد جاء فى الأم « قال أبو يوسف هم — أى الصناع — ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب »[٢] .

وجاء فى مجمع الضمانات[٣] « وعندهما : إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن ، لهما : أن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته » .

وجاء فيه[٤] : « وعندهما يضمن لأن يده يد ضمان عندهما فلا يصدق بلا برهان » .

---

(١) الأم جـ ٧ ص ٨٧ .

(٢) الأم جـ ٧ ص ٨٧ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٧ .

(٤) المرجع السابق ص٢٨ .

وجاء فى المنتقى شرح الموطأ[1] « وضمانهم - أى الصناع - مما أجمع عليه العلماء ، وقال القاضى أبو محمد: إنه إجماع الصحابة ، وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه لا يصلح الناس إلا ذاك . قال مالك فى المدونة والموازية وغيرهما : وذلك لمصلحة الناس ، إذ لا غنى بالناس عنهم ، كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى للمصلحة . وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع ، قال القاضى أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال ، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه ، فلو قلنا القول قول الصناع فى ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر لأنهم بين أمرين : إما أن يدفعوا إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه ، أو لا يدفعون فيضر بهم . ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمصلحة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية » .

وجاء فيه أيضاً[2] « وإذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع ببينة أنه سرق لم يصدق فى ذهاب المتاع . وكذلك لو احترق بيته ورئى ثوب الرجل يحترق فيه ، روى محمد عن مالك : هو ضامن حتى يعلم أن النار من غير سببه ، أو سيل يأتى أو ينهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان . . . وقال مالك فى قرض الفأر وادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه : الصانع مصدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع » .

والذى يؤخذ من هذا : أن مالكا وأبا يوسف ومحمداً يرون أن هناك قرينة فى صالح رب السلعة أن كل ضياع أو تلف إنما هو بتقصير من الصانع ،

---

(١) المنتقى شرح الموطأ جـ٦ ص ٧١ .

(٢) المرجع السابق جـ ٦ ص ٧٣ .

ولا يلزم رب السلعة بإقامة البينة على تعد أو تقصير ، بل يستحق التعويض بمجرد إثبات الهلاك أو الضياع ، إلا أن هذه القرينة قرينة بسيطة ، بمعنى أن الصانع يستطيع أن يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه كحريق أو هدم أو سيل أو سوس أو قرض فأر لا يد له فيه ، فعند ذلك يبرأ من الضمان .

فالفرق إذن بين الاتجاهات الثلاثة هو أنه فى حالة دعوى الصانع الهلاك أو الضياع، فالشافعى وأبو حنيفة يقولان: القول قوله حتى يثبت رب السلعة التعدى أو التقصير ، فالقرينة قائمة لصالح الصانع أن كل ماهلك فهو بدون تقصير منه حتى يثبت رب السلعة العكس . وأما مالك والصاحبان فالقرينة فى صالح رب السلعة حتى يقيم الصانع الدليل على العكس فتنتقض هـذه القرينة ، وأما ابن أبى ليلى وشريح فيريان أن الصانع ضامن ، وأن ضمانه هذا لا يستند إلى تعد أو تقصير ، بل إلى مجرد أنه تسلم سلعة ليعمل فيها بالأجر ، فالتبعة عليه ، عملا بقاعدة الغنم بالغرم ، ذلك أنه تسلم السلعة لمصلحة نفسه لأنه يستحق الأجر ، فأشبه المستعير الذى يتسلم السلعة للاستفادة منها ، فيضمنها ولو لم يتعد ولم يقصر .

ثانياً — إثبات أن تضمين الصناع تطبيق للنصوص الشرعية :

لقد عرضنا اجتهاد الأئمة فى مسألة تضمين الصناع . والذى نريد أن نعرفه الآن هو سند هـذا الاجتهاد وعلاقته بالنصوص الشرعية فى هـذا الخصوص .

إن أساس هذا الاجتهاد هو تحقيق مناط الحديث الذى يقرر القاعدة القضائية المشهورة ، فى قول الرسول عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فقد اتفق المجتهدون على أن المدعى يطالب بالبينة على دعواه ، وأنه ليس على المدعى عليه المنكر إلا اليمين . ثم اختلفوا

فى تحقيق مناط هذا النص فى الوقائع والجزئيات ، وذلك بسبب اختلافهم فى معنى المدعى الوارد فى الحديث ، ثم تحقيق هذا المعنى فى بعض الوقائع ، ومنها مسألة تضمين الصناع ، فمن قال إن رب السلعة يعد مدعياً ، قال إنه لا ضمان على الصانع إلا أن يقيم رب السلعة البينة على دعواه أن الصانع قصر أو اعتدى ، ومن قال إن الصانع هو المدعى لأنه يدعى الهلاك ، قال إنه يلزمه إقامة البرهان على دعواه التلف والهلاك ، فإذا لم يأت بالبينة فهو ضامن .

وأما من قال هو ضامن وإن أقام البينة على الهلاك فقد قال إن الصانع مدع ، ولكنه لم يسمح له بإقامة الدليل على الهلاك إقامة لمظنة الشىء مقام نفس الشىء ، واعتباره المظنة وإن تخلفت المئنة فى بعض الصور النادرة ، ذلك أنه نظر فوجد أن الغالب على الصناع التقصير والخيانة ، بعد فساد النفوس وضعف سلطان الدين على قلوب الناس ، فقال بالتضمين فى جميع الحالات سداً لذريعة الدعاوى الباطلة ، وإن كان هذا يؤدى إلى تضمين البرىء أحياناً ، إلا أن ذلك من قبيل النادر فلم يلتفت إليه جرياً على عادة الشرع ، فقد جعل السفر مناط الرخص ، لأنه مظنة المشقة مع التخلف فى الملك المرفه، وجعل البلوغ مناط التكليف لأنه مظنة العقل مع جواز التخلف، وجعل الإيلاج مناطاً لأحكام كثيرة لأنه مظنة الإنزال مع جواز التخلف وهكذا .

وهذا ما يمكن أن يستدل به لابن أبى ليلى وشريح ، لأنهما لم يذكرا دليلا لذلك .

وفى بيان أن هذا الاجتهاد من باب تحقيق مناط الحكم المنصوص، وليس اجتهاداً مخالفاً للنص ولا مخصصاً للدليل يقول الشاطبى رضى الله عنه، وهو يعدد أنواع الاجتهاد .

« فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط ، وهو الذى لا خلاف

بين الأئمة فى قبوله ، ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعى لكن يبقى النظر فى تعيين محله .

وقد مثل لذلك بأمثلة عدة فقال : « وذلك أن الشارع إذا قال : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة » .

ثم قال : « ومن القواعد القضائية البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فالقاضى لا يمكنه الحكم فى الواقعة ، بل لا يمكنه توجيه الحجاج ولا طلب الخصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعى من المدعى عليه ، وهو أصل القضاء ، ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد ، ورد الدعاوى إلى الأدلة ، وهو تحقيق المناط بعينه »[١] .

وقال ابن فرحون فى تبصرة الحكام : « إن علم القضاء يدور على معرفة المدعى من المدعى عليه ، لأنه أصل مشكل ، وأنهم لم يختلفوا فى حكم كل منهما ولكن الكلام فى تمايزهما ، ولهم فى تحديدهما عبارات كثيرة . منها أن الأول من إذا ترك الخصومة ترك ، أو من يستند قوله إلى مصدق ، أو من لا يكون قوله على وفق أصل أو عرف ، والثانى ما ليس كذلك . غير أن الأنظار تضطرب ، لتعارض الأحوال من عرف أو غالب أو أصل وهكذا »[٢] .

وعلى هذا الأساس نقول : إن الصناع كانوا أمناء فى العصر السابق على الإمام مالك رضى الله عنه . فكان الغالب إذن يشهد لهم ، فإذا أخبر أحدهم عن هلاك السلعة أو ضياعها كان الغالب يشهد له ، فكان مدعى عليه ، وكان رب السلعة فى دعواه أن الهلاك بتقصير الصانع ، مدع خلاف الغالب الظاهر فكان مدعياً ، ووجب عليه إقامة البينة على دعواه .

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ٨٩ — ص ٩٣ .

(٢) المرجع السابق جـ ٤ ص ٩٢ حاشية .

فلما تغير الزمن وفسدت النفوس ، وضعف سلطان الدين على القلوب ، وكان الغالب على الصناع التعدى والخيانة والتقصير ، كانت دعوى رب السلعة أن الضياع بتعدى الصانع أو تقصيره دعوى يسندها الظاهر ، وكان الصانع إذا ادعى الهلاك دون تعد مدعياً خلاف الغالب الظاهر ، فكان مدعياً ، وحيث إن على المدعى البينة ، كان ضامناً حتى يقيم البينة على أن الهلاك بسبب أجنبي وحادث لا يد له فيه . وكان الاجتهاد فى الحالين اجتهاداً فى تحقيق مناط النص ، وليس قولا بالمصلحة على خلاف النص ، أو معارضة لنص أو مخالفة لدليل بالمصلحة كما قال بعض الكاتبين .

وأما عبارة الشاطبي فى قوله إن الصناع مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية فيقصد به دليل تحقيق المناط السابق للقول بضمانهم . ومعنى هذا أن تحقيق مناط الحديث المذكور كان يقضى بأن الأجير مؤتمن يصدق فى دعواه الهلاك ، لأن الظاهر والغالب يشهد له ، فلما تغيرت الأحوال وكان الغالب التقصير والتعدى ، تغير مناط الحكم فتغيرت الفتوى مع بقاء الحكم الكلى الشرعى على حاله .

ولذلك نجد الشافعي يذكر هذه المسألة فى كتابه الأم فى باب ما يجب فيه اليمين إشاره إلى تعلقها بتحقيق مناط النص الشرعى ، ومعرفة من هو المدعى عليه الذى يلزمه اليمين .

وصاحب المنتقى يقول : « فلو قلنا القول قول الصناع فى ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك ويلحق أرباب السلع ضرر »[1] فهذا يشير إلى أن الاجتهاد فى المسألة يتعلق بمن يكون القول قوله أهو رب السلعة أم الصانع . وبعبارة أخرى فى تحديد المدعى والمدعى عليه ، ثم يرى أن الصانع مدع لأنه يدعى خلاف الغالب ، لأن الغالب التلف عن تعد أو تقصير ، وهو يقول إن الهلاك بسبب لا يد له فيه .

---

(١) المنتقى شرح الموطا ج ٦ ص ٦١ .

ويتلخص ماسبق فى أن سند الإمام مالك فى هذه الفتوى هو حديث: « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، وأنه لم يقدم المصلحة على هذا النص ، بل أعمل هذا النص وطبقه بكل دقة إذ أداه اجتهاده إلى أن الصانع مدع خلاف الظاهر والغالب فكان مدعياً ، وحيث إن المدعى يلزم بالبينة ، فهو مطالب بالإثبات ، فإذا لم يثبت دعواه السبب الأجنبي ، كان مطالبا بالضمان.

ثالثاً — إثبات أن تضمين الصناع مصلحة شهدت لها الأصول :

بينا آراء الأئمة فى تضمين الصناع ما يتلف فى أيديهم من السلع ، وأثبتنا أن اجتهادهم فى هـذه النازلة كان عملا بالأدلة الشرعية ، وتحقيقاً لمناطها ، وليس تركا لها بالمصلحة . والذى نريد أن نؤكده الآن هو أنه على فرض أن سند القول بالتضمين هو المصلحة ، وأن هذه المصلحة تعارض نصاً أو دليلا شرعياً ، وهو ما أثبتنا بطلانه وفساده ، فإن هذه المصلحة ليست مصلحة مجردة ، وإنما هى مصلحة شهدت لهـا النصوص الشرعية . ولقد أثبت الكتاب من المالكية وغيرهم أن هـذه المصلحة مصلحة تدخل تحت جنس تشهد له النصوص الشرعية ، وأن رعاية مصلحة عامة أرباب السلع يرجع إلى الأصل الكلى الذى أخـذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع ، ذلك الأصل هو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض فى الوقائع التى لم ينص فيها بعينها حكم ، وكانت مناطاً لمصلحة عامة ومصلحة خاصة ، لابد من ترجيح إحداهما على الأخرى .

فإذا فرضنا أن هناك دليلا شرعياً يعارض هذه المصلحة ، فإن المخصص لهـذا الدليل أو المقيد لإطلاقه هو تلك النصوص الشرعية الكثيرة التى أخذت من استقراء ذلك الأصل الكلى ، ودلت على اعتبار الشارع جنس هذه المصلحة ، وبطلت دعوى هؤلاء الكتاب أن مالكا قدم العمل بالمصلحة التى رآها على الدليل الشرعى .

وفوق ذلك فقد قرر الباجى المالكى فى المنتقى شرح موطأ مالك أن المصلحة فى تضمين الصناع مصلحة شهدت لها الأصول المعينة وبذلك تكون مصلحة يرجع حاصلها إلى باب القياس وهو اقتباس الحكم من معقول النص يقول الباجى(١):

« ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية » .

ويقول الشافعى فى الأم (٢) : « ومن قال هـذا — تضمين الصناع — قاسه على العارية فضمن ، وقال إنما ضمنت العارية لمنفعة فيها للمستعير ، فهو ضامن لها حتى يؤديها بالسلامة وهى كالسلف » .

الفتوى الثالثة : قبول شهادة الصبيان فى الجراح :

ذكر بعض الـكاتبين فى المصلحة أن الإمام مالـكا رضى الله عنه قد أفتى بقبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وأن هذه الفتوى جاءت على خلاف النص ، وخرج من ذلك بأن مالـكا كان يرى تقـديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية(٣). والنصوص التى يقصدها هؤلاء الـكتاب هى قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » وقوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » .

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك جـ ٦ : ٧١ .

(٢) الأم جـ ٦ ص ٨٧ .

(٣) انظر رسالة تعليل الأحكام ، يقول المؤلف ص ٣٦٨ « وقد أجاز رضى الله عنه شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراح ، ومع أن العداله شرط فى الشهادة ، ومن شروط العداله البلوغ ، قال ابن رشد فى البداية بعد ذلك وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازة قياس المصلحة ، فقد أفتى بذلك فى مقابلة النص » .

والحق أن هذه الفتوى ليست معارضة لهذه النصوص ، فلم يثبت مالك بالمصلحة حكما يناقض ما دل عليه النص . فسوف نرى أن هـذه الآيات ليست نصاً فى عدم قبول شهادة الصبيان فى الجراح ، أما أولا ، فلأن بعض المفسرين يفسر كلمة « رجالكم » بالأحرار المسلمين ، ويقول : إن عدالة الشاهد والرضا عنه مسألة تتعلق بنظر الحاكم وتختلف باختلاف الظروف والأحوال . ولعل مالكا كان يرضى عن الصبيان فى الشهادة على الجراح ، وأما ثانياً ، فلأن الآية جاءت فى مقام الإشهاد على الدين ، وإذا كان الفقهاء قد قاسوا الشهادة فى غير الدين على الدين ، فإن مالكا لم يقس شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح على الدين لفارق مؤثر يمنع من الإلحاق فى نظره .

وعلى فرض أن هذه النصوص تدل على عدم قبول شهادة الصبيان مطلقاً ، فإن المخصص لها ليس هو المصلحة المجردة ، وإنما المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع والتى تدخل تحت أصل اعتبره الشارع بجملة نصوص ومجموع أدلة . هذا الأصل هو أصل حفظ الدماء الذى أخذ من استقراء نصوص الشريعة المفيدة للقطع . ورأى مالك أن قبول شهادة الصبيان فى الجراح يرجع إلى هذا الأصل . بل إن المالكية يعتبرون هذه المصلحة من المصالح الضرورية التى يتوقف عليها حفظ النفس وحقن الدماء بين الصبيان.
هذا، وأخيراً فإنه على فرض أن الآيات السابقة تدل على عدم قبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وأن هذه الفتوى لا تستند إلى مصلحة ملائمة تشهد النصوص لجنسها ، حتى يقال إن المخصص لهذه الآيات هو النصوص الشاهدة لجنس المصلحة فإن ذلك لا يفيد فى أن مالكا خصص هذه الآيات بالمصلحة المجردة ، وإنما المخصص عنده هو إجماع أهل المدينة الذى يعده مالك بمنزلة الحديث المتواتر ، فقد صرح مالك نفسه بأن سنده فى هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة ، وعبر عنه فقال « الأمر المجتمع عليه عندنا » .

هذا هو مجمل ردنا على هذه الدعوى ، وإليك تفصيل هذا الرد مع ذكر الأسانيد والأدلة :

أولا : الآيات ليست نصاً فى عدم قبول شهادة الصبيان . رأينا أن دعوى هؤلاء الكتاب أن مالكا قدم المصلحة على النص فى فتواه بقبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح تعتمد على أن قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » يدل على حكم يناقض الحكم الذى قضت به المصلحة . فبينما تقضى المصلحة بقبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، تدل هذه الآيات على عدم قبول شهادتهم .

ونحن إذا رجعنا إلى كلام المفسرين لوجدنا أن كلمة « رجالكم » إنما جاءت فى معرض الاستشهاد على عقد الدين الذى يقوم به الرجال ، وقد قاس الفقهاء على عقد الدين غيره . وبذلك يكون ما اختلف فيه الصبيان من الجراح والقتل الذى يحدث بينهم ولا يطلع عليه الكبار ليس داخلا فى هذه الآية ، إذ هى صريحة فى أن شهادة الرجال شرط فى المداينة .

١ — يقول ابن العربى فى أحكام القرآن[1] : « وإنما جاءت الآية لبيان حكم حال دين مجرد ومال مفرد فعليه يحمل عموم الشهادة ، وإليه يرجع » .

٢ — وقال ابن كثير[2]: « عن مجاهد عن ابن عباس فى قوله : « يايها الذين آمنوا إذا تداينتم . . . فاكتبوه » الآية » قال أنزلت فى السلم إلى أجل معلوم » .

٣ — ويقول الطبرى[3] : « وأما قوله من رجالكم فإنه يعنى من أحراركم المسلمين دون عبيدكم ، ودون أحراركم الكفار . . . عن مجاهد : واستشهدوا شهيدين من رجالكم قال : الأحرار » .

٤ — وقال ابن العربى فى أحكام القرآن : « قوله من رجالكم قال

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٢٤٧ .
(٢) ابن كثير ج ١ ص ٣٣٥ .
(٣) الطبرى ج ٦ ص ٦١ .

مجاهد : من الأحرار ، واختاره القاضى أبو إسحاق وأطنب فيه ، وقيل المراد المسلمين . . . والصحيح عندى أن المراد به البالغون من ذكوركم المسلمين ، لأن الطفل لايقال له رجل وكذا المرأة لا يقال لها رجل » .

فأنت ترى من هذا أن المفسرين متفقون على أن الآية جاءت فى الإشهاد على المداينة ، وأنه وإن كان الفقهاء قاسوا عليها غيرها فإن مالكا لم يقس جراح الصبيان فى ملاعبهم ، لمعنى مؤثر وفارق يمنع من الإلحاق فى نظره ، ذلك المعنى هو أن الرجال لايشهدون ملاعب الصبيان فيتعذر إشهادهم ، وإذا كان إشهاد الرجال غير ممكن ، والله يقول : «من رجالكم» فإن مالكا يحمله على مايشهده الرجال غالباً .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن المفسرين يختلفون فى دلالة الآية من ناحية المقصود بلفظ « رجالكم » . فيرى البعض أن المقصود به المسلمون ، ويرى البعض الآخر أن المقصود به الأحرار ، بينما يرى ابن العربى أن المقصود به البالغون من الذكور المسلمين ، وإن كان يقول بعد ذلك : « فأما الصغير فيحفظ الشهادة فإن أداها وهو رجل جازت ولا خلاف فيه » ، مع أن الاية فى تحمل الشهادة لا فى أدائها فتناقض قوله. ذلك أنه يرى أن المقصود برجالكم البالغون ، وهى فى التحمل ، ثم هو يقول بجواز تحمل الصبى للشهادة ويؤديها وهو كبير .

وعلى أى حال فلعل مالكا ومن سبقه من أهل المدينة يرون أن المقصود « برجالكم » الأحرار أو المسلمون لا البالغون . وبذلك لا يكون قولهم بقبول شهادة الصبيان فى الجراح مخالفة لنص كتاب الله عز وجل . ولا يجوز منا أن نحمل عمل أهل المدينة على مخالفة النص بمصلحة رأوها ما دمنا نجد بعض تفسيرات تجعل هذه الفتوى غير معارضة لنص القرآن .

أما قوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » فهو يدل على أن الحاكم لا يحكم

بالشهادة إلا إذا اطمأن قلبه ورضيت نفسه عن الشاهد ، وذلك يرجع إلى الاجتهاد . ولعل مالكا ممن يرضى عن شهادة الصبيان فى حالة الضرورة وبالشروط التى اشترطها فى ذلك من التعدد، وعدم التفرق والتلقين ، وكونهم ذكوراً مسلمين أحراراً ، ليس بينهم كبير إلى آخر الشروط التى شرطها فى ذلك .

وفى ذلك يقول ابن العربى فى أحكام القرآن[١] : « ممن ترضون من الشهداء دليل على تفويض القبول فى الشهادة إلى الحاكم ، لأن الرضى معنى يكون فى النفس بما يظهر لها من الأمارات عليه ، ويقوم من الدلائل المبينة له ، ولا يكون غير هذا ، فإنا لو جعلناه لغيره لما وصل إليه إلا بالاجتهاد ، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره » .

وإذن فقبول شهادة الصبيان فى الجراح تحقيق لمناط وجوب توافر صفة الرضى عن الشهود ، وليس معارضة للنص الذى يوجب ذلك .

ثانياً : قبول شهادة الصبيان مصلحة تدخل تحت أصل شرعى شهدت له نصوص الشريعة .

إذا سلمنا أن الآيات السابقة تدل على عدم قبول شهادة الصبيان عموماً وأن قبول شهادتهم فى الجراح التى تقع بينهم ولا يحضرها كبير حكم تمليه المصلحة ، فإن هذه المصلحة ليست من المصالح المجردة التى لا تستند إلى الأصول الشرعية ، بل على العكس من ذلك فإن هذه المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع وداخلة تحت أصل حفظ النفس وحقن الدماء الذى شهدت له النصوص الشرعية بالاعتبار ، فالمخصص لعموم هذه الآيات ، والمقيد لإطلاقها فى الحقيقة ، هو النصوص التى شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار ، وليس فيه تقديم مصلحة على النصوص الشرعية .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٥٤ .

بل إن شيوخ المالكية يعتبرون هذه المصلحة من المصالح الضرورية لحفظ النفوس وصيانة الأرواح ، وليس فقط مما تدعو إليه حاجة الحفظ . فلقد صرحوا أكثر من مرة أن قبول شهادة الصبيان فى الجراح حكم تمليه الضرورة ، ففسروا الحكم ، وحددوا نطاقه ، بقدر هذه الضرورة .

وإليك كلام شيوخ المالكية فى بيان أن سند هذه الفتوى هو ضرورة حفظ الدماء .

يقول القاضى أبو الوليد الباجى فى المنتقى[1] : « والدليل على ماذهب إليه على ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها والصبيان فى غالب أحوالهم ينفردون فى ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم ، ويجرى بينهم من اللعب والترامى ماربما كان سبباً للقتل والجراح ، فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذى يقع على الصحة فى غالب الحال ».

ويقول : « قال سحنون ، إنما أجزتها فى الجراح ولم أجزها فى الحقوق للضرورة ، لأن الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون فى جراح الصغار فى الأغلب ، ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم » .

ويقول فى عدم قبول شهادة الإناث منهم : « إن الضرورة إنما تدعو إلى ما يكثر ويتكرر دون مايقل ويندر وحضور الإناث مع الذكور منهم يقل ... فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهن » .

ويقول فى رد شهادتهم إذا وجد معهم كبير : « وجه ذلك أن شهادتهم إنما أجيزت للضرورة ، والضرورة إنما تكون إذا انفردوا ، فإذا كان

---

(١) المنتقى ج ٥ ص ٢٢٩ .

معهم كبير فقد زالت الضرورة ، وصاروا على حالة يمكن إثبات أحكامهم معها فلم تقبل شهادتهم » .

ويقول فى منع قبول شهادتهم إذا تفرقوا : «وأما افتراقهم ففى المجموعة من قول مالك أنه إنما تجوز شهادتهم ما لم يتفرقوا أو يخببوا فلا تجوز ، وجه ذلك أنها إنما أجيزت شهادتهم للضرورة من أنهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت إلى القتل ، والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بأن تثبت بما لا يثبت به غيرها ، وبما يوجب القسامة ، ومثل ذلك لا يجوز فى المال ... فإنما يحكم بأول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم ... »

وإذن فجواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراح حكم أملته الضرورة على الأقل فى نظر القائلين به ، ولذلك صرحوا بأن هذه الضرورة تقدر بقدرها . وقاعدة الضرورات لا خلاف فيها بين المجتهدين ، وأنها تخصص النصوص ، والمخصص فى الحقيقة هو النصوص التى قررت القاعدة .

ثالثاً : قبول شهادة الصبيان سنده إجماع أهل المدينة .

لقد رويت الفتوى بقبول شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح عن مالك فى المدونة وغيرها دون بيان لسندها[١] .

نخيل للبعض أن سند مالك فى هذه الفتوى هو المصلحة المجردة . مع أن

(١) « قال ابن القاسم : ... قلت : أرأيت قول مالك يجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ما لم يتفرقوا أو يدخل بينهم كبير أو يخببوا (من الخب وهو : الخداع) فى أى شىء كان ذلك ؟ فقال : فى الجراحات والقتل إذا شهد فيه اثنان فصاعدا قبل أن يتفرقوا ، وكان ذلك بعضهم فى بعض صبيان كلهم ، ولا تجوز فيه شهادة واحد ، ولا تجوز فيه شهادة الإناث أيضاً من الصبيان فى الجراحات فيما بينهم ولا تجوز شهادة الصبيان للكبير ... على صبى أو كبير » .

الإمام مالكا رضى الله عنه قد بين أن سند هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة الذى يعده ، حجة بمنزلة الحديث المتواتر[١] .

وإليك ما جاء فى الموطأ[٢]: « قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم ، وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها ولا تجوز فى غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا ، فإن افترقوا فلا شهادة لهم إلا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا » .

فأنت ترى أن مالكا فى هذه الفتوى كان متبعاً وليس مستصلحاً ، فلقد وجد أن عبدالله بن الزبير وعلى بن أبى طالب ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز وأهل المدينة يجيزون شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراحات فأجازها اتباعاً . وفى هذا يقول صاحب المنتقى[٣] :

« قوله : إن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وهو قول أهل المدينة . وبه قال على بن أبى طالب ومعاوية ، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز . . ومنع من ذلك ابن عباس ، وقال مالك : معناه عندنا فى شهادتهم على الكبار ، وروى وكيع عن ابن جريج عن أبى ملكية : ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير . ويقول[٤] : « قال أبو الزناد أنها السنة » .

فإذا قلنا : إن هذه الفتوى تعارض قول الله تعالى «واستشهدوا شهيدين

---

(١) راجع شرح تنقيح الفصول للقرافى المالكى ص ١٤٥ يقول القرافى : « وإجماع أهل المدينة عند مالك فيما طريقه التوقيف حجة خلافاً للجميع : لنا قوله عليه السلام : إن المدينة لتنفى خبثها كما ينفى الكير خبث الحديد ، والخطأ خبث فوجب نفيه ، ولأن أخلافهم ينقل عن أسلافهم ، وأبناؤهم عن آبائهم فيخرج الخبر عن خبر الظن والتخمين إلى خبر اليقين ، ومن الأصحاب من قال إن إجماعهم مطلقاً حجة ، وإن كان فى عمل عملوه لا فى نقل نقلوه » .

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك جـ ٥ : ص ٢٢٩ .

(٣) المنتقى جـ ٦ ص ٢٢٩ .

(٤) المنتقى شرح موطأ مالك ١٣ : ٤ .

من رجالكم » وقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » وقوله « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فلا يجوز القول بأن المخصص هنا هو المصلحة التى رآها مالك معارضة لنص كتاب الله تعالى ، بل المخصص هو إجماع أهل المدينة وهو عند مالك بمنزلة حديث روى بالتواتر ، وما كان مالك فى هذه الفتوى إلا حريصاً أشد الحرص على تطبيق تلك النصوص ، وذلك بتحريه عمل من هم أدرى الناس بملابسات النص ومفسره ومخصصه ، فإنهم إذا عملوا بشهادة الصبيان فى الجراح ، فلا يقال إنهم تعمدوا مخالفة نص كتاب الله تعالى دون سند من نص آخر سمعوه من رسول الله ، ولا يجوز رميهم بالجهل أيضاً وأنهم خالفوا النص دون اعتماد على نص آخر ، وهم الذين أخذ عنهم الدين ، ورويت عنهم السنة . فمخصص هذه الآيات على فرض القول بأنها نص فى منع شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراحات هو الإجماع وليس مجرد المصلحة .

الفتوى الرابعة : عدة من تباعدت حيضتها :

استدل بعض الكاتبين على دعوى تقديم المصلحة على النص عند مالك بفتواه المرأة التى تباعدت حيضتها بأنها تعتد بثلاثة أشهر بعد مدة استبراء قدرها بتسعة أشهر . فقال إن سند مالك فى هذا هو المصلحة المجردة التى لا تشهد لها النصوص الشرعية ، وأن هذه الفتوى على خلاف نص الكتاب وهو قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . وذلك لأن المرأة التى ارتفعت حيضتها فى سن من تحيض ، فهى إذن من ذوات الأقراء ، وليست من الآيسات حتى تعتد بالأشهر وتدخل تحت عموم قوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » .

والحقيقة أن هذه الفتوى أيضاً لا تخالف نصوص الكتاب ، ولاتدل

على أن مالكا يقدم المصلحة المجردة على نصوص الشرع . ويتبين ذلك مما يأتى :

أولا : رويت هذه الفتوى فى المدونة عن مالك دون بيان سندها . فقد جاء فيها[١] : « قلنا أرأيت إذا طلق الرجل امرأته ومثلها تحيض فارتفعت حيضتها ؟ قال : قال مالك تجلس سنة من يوم طلقها زوجها فإذا مضت سنة فقد حلت . . . قلت : لم قال مالك عدة المرأة التى طلقها زوجها وهى ممن تحيض فرفعتها حيضتها لم قال تعتد سنة ؟ ، قال : قال مالك تسعة أشهر للريبة والثلاثة أشهر هى العدة التى بعد التسعة التى كانت للريبة » .

ثانياً : بين مالك فى موطئه أن سند هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة ومذهب الصحابى فقال[٢]:

« مالك عن يحي بن سعيد ، وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثى عن سعيد بن المسيب أنه قال : قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ، ثم رفعتها حيضتها ، فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل فذلك ، وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت» .

وجاء فى الموطأ أيضاً[٣] : « قال مالك : الأمر عندنا فى المطلقة ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها أن تنتظر تسعة أشهر ، فإن لم تحض فيهن اعتدت ثلاثه أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض ، فإن مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض ، فإن لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ، ولزوجها عليها فى ذلك الرجعة قبل أن تحل إلا أن يكون قد بت طلاقها » .

---

(١) المدونة جـ ٥ ص ١٠٨ .
(٢) المنتقى شرح الموطأ ٤ : ١٠٨ .
(٣) الموطأ ٤ : ١١٠ .

وإذا عرف أن مالكا يرى أن مذهب الصحابى وإجماع أهل المدينة حجة أمكن القول بأن سند هذه الفتوى هو قول الصحابى أو إجماع أهل المدينة ، فلا تخصيص للنص بالمصلحة المجردة (١) .

ثالثاً : حاول شيوخ المالكية أن يبينوا سند مالك ودليله فيما ذهب إليه فى هذه الفتوى ، فلم يكن بين هذه الأدلة ما أطلق عليه البعض المصلحة المرسلة فى مقابلة النص ، بل على العكس من ذلك كلها استدلال بالنص ومحاولة لتطبيقه فى ضوء المصلحة . وإليك بعض هذه المحاولات :

١ — يقول ابن رشد فى المقدمات الممهدات(١) :

وأما عدة الطلاق . . . إن كان قد دخل بها اعتدت بثلاثة قروء إن كانت ممن تحيض ، أو بثلاثة أشهر إن كانت فى سن من لا تحيض من صغر أو كبر ، قال الله عز وجل : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقال « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » ماهذه الريبة ؟ فروى أشهب عن مالك : أنها ريبة ماضية فى الحكم ليس فى معاودة الحيض لهن . وذلك أن الله تعالى لما بين عدة ذوات الأقراء وذوات الحمل وبقيت الآيسة عن المحيض والتى لم تحض ارتاب أصحاب النبى صلى الله عليه

---

(١) ولذلك يقول القرافى المالكى فى التنقيح ص ١٩٨ « وأما مذهب الصحابى فهو حجة عند مالك والشافعى فى قوله القديم مطلقاً لقوله عليه الصلاة والسلام : أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم . ويقول ص ١٤٥ : وإجماع أهل المدينة عند مالك فيما طريقه التوقيف حجة خلافاً للجميع لنا قوله عليه السلام : أن المدينة لتنفى خبثها كما ينفى الكير خبث الحديد والخطأخبث فوجب نفيه ، ولأن أخلافهم ينقل عن أسلافهم وأبناؤهم عن آبائهم فيخرج الخبر عن خبر الظن والتخمين إلى خبر اليقين ، ومن الأصحاب من قال إجماعهم مطلقاً حجة وإن كان فى عمل عملوه لا فى نقل نقلوه . . احتجوا بقوله عليه السلام لا تجتمع أمتى على خطأ ومفهومه أن بعض الأمة يجوز عليه الخطأ ، وأهل المدينة بعض الأمة ، وجوابه أن منطوق الحديث المثبت أقوى من مفهوم الحديث النافى .

(٢) أبوالوليد محمد بن أحمدبن رشد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ ، المقدمات الممهدات جـ٢ ص٦٧ .

وسلم فى حكمها ، فأنزل الله : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » وذهب ابن بكير وإسماعيل القاضى إلى أن المعنى فى قوله تعالى « إن ارتبتم » فى معاودة الحيض لهن وأنها ريبة مستقبلة واحتجا لذلك بحجج يطول جلها . من ذلك أن اليائس فى كلام العرب إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء ، ألا ترى أنك تقول : يئست من المريض لشدة مرضه ، ومن الغائب لبعد غيبته ، ولا يصح أن تقول يئست من الميت الذى انقطع الرجاء منه ، وأنه لو كان معنى اليائسة التى ذكر الله فى كتابه ، وأوجب فى العدة عليها ثلاثة أشهر هى التى لا ترتاب فى معاودة الحيض لوجب إذا ارتفع عن المرأة الحيض وهى فى سن من يشبه أن تحيض أن تعتد بالأقراء حتى تبلغ سن من لا يشبه أن تحيض وإن بقيت عشرين عاماً ، وإلى هذا ذهب الشافعى رحمه الله تعالى ، وهو خطأ لا يصح من وجهين : أحدهما ، أنها إن جاءت بولد لما لا تحمل له النساء من المدة وإن كانت العدة لم تنقض لم يلحق به الولد ، فمحال أن تعتد من الزوج فى مدة لا يلحق فيها به الولد . والثانى : مخالفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى قوله أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين . ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل وإلا اعتدت تسعة أشهر بثلاثة أشهر ثم حلت ، ولا مخالف له من الصحابة . ومن ذلك أن الريبة لو كانت فى الحكم لكانت ماضية ولكان حقها أن تكون « أن ارتبتم » بفتح أن .

فإذا قلت : إن اليائسة التى أوجب الله عليها العدة ثلاثة أشهر هى التى ترتاب فلا تدرى لم لم تحض فدليل هذا أن لا تجب عدة على من يعلم أنها ممن لا تحيض من صغر أو كبر ولا ترتاب فى أمرها ، إلا أنه لما لم يكن فى ذلك حد يرجع إليه حمل الباب فى ذلك محملا واحداً ... فالتى ترتفع حيضتها بعد أن حاضت وهى فى سن من تحيض محمولة على ما بيناه من الاختلاف فى المرض لأنها بمعنى اليائسة ، وللسنة الثابتة فى ذلك عن عمر بن الخطاب ، فلا تحل المرأة المطلقة ولا حمل بها إذا كانت فى سن من تحيض أو قد حاضت مرة أو مرتين

إلا بثلاثة قروء أو سنة بيضاء لا دم فيها ، تسعة أشهر لا دم فيها استبراء ينزل بلوغها إليها دون أن ترى فيها دماً بمنزلة اليائسة . ثم ثلاثة أشهر عدة كما قال الله عز وجل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق » .

٢ — ويقول ابن رشد الحفيد[١] : « أما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر .. وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترفع حيضتها وهى لا تيأس منها فى المستأنف : إنها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل فى السن التى تيأس فيه من الحيض وحينئذ تعتد بالأشهر أو تحيض قبل ذلك . وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور هو قول ابن مسعود وزيد . وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل أنه قد تحيض الحامل .

وإذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية فى العلم ببراءة الرحم ، بل هى قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ... وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض » الخ ، والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة . وهذا الرأى فيه عسر وحرج ، ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضها وكان قوله « إن ارتبتم » راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض ... وأما اسماعيل وابن بكير من أصحاب مالك فذهبوا إلى أن الريبة هنا فى الحيض ، وأن اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ... »[٢] .

٣ — ويقول أبو الوليد الباجى فى المنتقى شرح موطأ مالك :[٣] « فأما

---

(١) الإمام الفقيه الفيلسوف الأصولى القاضى أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٧٤ .

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك جـ ٤ ص ١٠٨ .

الحائض فهى التى قد رأت الحيض ولو مرة فى عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها ، فهذه إذا طلقت فحكمها أن تعتد بالأقراء ، فإن لم تر حيضاً انتظرت تسعة أشهر ، وهذا مذهب عمر وبه قال ابن عباس والحسن البصرى . وقال أبوحنيفة والشافعى تنتظر الحيض أبداً . والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة لأنه روى عن عمر وابن عباس وليس فى الصحابة مخالف . ومن جهة المعنى أن التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد ، فالغالب أن يظهر بها حمل إن كان بها أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به ، فإذا سلمت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل إذا لم توجد منها ريبة غير ارتفاع الحيض ، وقد ترتفع كثيراً من غير حمل ، فلا يدل ارتفاعه على الحمل ، فإذا انقضت التسعة ولا تحس شيئاً اعتدت بثلاثة أشهر . قال مالك وأصحابه ، وأكثره من قول أشهب ، لأن لها حينئذ حكم يائسة من المحيض ، ومعنى ذلك أنه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم الحيض والحمل حكم لها بحكم من تعتد بالشهور ، فصار ذلك حكما كاليائسة لما ارتفع حيضها وصارت من لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر ، إلا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يحتج إلى اعتبار تسعة أشهر ، وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها ريبة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء والله أعلم » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص :

أولا : أن أحداً من شيوخ المالكية لم يصرح بأن سند مالك فى هذه الفتوى هو المصلحة المرسلة فى مقابلة نص كتاب الله تعالى .

ثانياً : أن الشيوخ حاولوا أن يبينوا لنا الدليل الذى اعتمد عليه إمام دار الهجرة فى القول بهذه الفتوى ، فكانت هذه الأدلة : إما استدلال بنص أو معقول نص بطريق القياس ، أو تحقيق مناط علة ثابتة بالاجتهاد من النص ، أو إجماع أو قول صحابى . وهى أدلة لا تعتمد على الرأى المجرد أو المصلحة التى يراها المجتهد .

(أ) فالبعض يرى أن الآية تدل بلفظها على ماذهب إليه مالك ، فيرى أن معنى قوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم » من ارتفع حيضها وارتابت لم لم تحض ، فتكون الآية دالة بلفظها على عدة من ارتفع حيضها بالشهور ، وتكون اليائسة التى يقطع بيأسها لاعدة عليها مطلقاً كما يرى بعض المالكية والظاهرية ، أو تكون عدتها بالأشهر من باب أولى . وتكون فتوى مالك تطبيقاً للنص ، لا قولا بالرأى ولا تقديماً لمصلحة على كتاب الله .

ولقد سبق أن هذا رأى ابن بكير واسماعيل القاضى من أصحاب مالك . حيث قالا : إن معنى قوله « إن ارتبتم » فى معاودة الحيض لهن وهو الذى اختاره ابن رشد الحفيد حيث يقول : ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقضاء حيضها وكان قوله « إن ارتبتم » راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض ... وأما اسماعيل وابن بكير فذهبوا إلى أن الريبة هنا فى الحيض وأن اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع » .

ولهذا الرأى سند فى كلام المفسرين . فقد ذكر المفسرون أن هذا احتمال فى الآية ، وذكروا عن بعض الصحابة وأئمة اللغة أن اليائسة تطلق على مالا يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، وأن قوله تعالى « إن ارتبتم » يعنى الريبة فى الحيض لا فى الحكم .

وإليك بعض عبارات المفسرين :

١ — يقول الطبرى فى تفسيره[1] : « حدثنا ابن عبد الأعلى ثنا ابن ثور ، عن معمر ، عن الزهرى « إن ارتبتم » قال فى كبرها أن يكون ذلك من الكبر ، فإنها تعتد حين ترتاب ثلاثة أشهر ، فأما إذا ارتفعت حيضة

---

(١) تفسير الطبرى ج ٢٨ ص ١٤٠ .

المرأة وهي شابة فإنه يتأنى بها حتى ينظر : حامل هي ، أم غير حامل ؟ ... فإن لم يتبين حملها ، فحتى يتبين وأقصى ذلك سنة .

« حدثنا يونس ، قال أخبرنا ابن وهب قال : قال ابن زيد في قوله « واللائي يئسن » قال : إن ارتبت أنها لا تحيض ، وقد ارتفعت حيضتها .

حدثنا ابن عبدالرحيم البرقي ، قال ثنا عمرو بن أبي مسلمة ، قال أخبرنا أبو معيد ، قال سئل سليمان عن المرتابة ، فقال : هي المرتابة التي قد قعدت من الولد تطلق ، فتحيض حيضة ، فيأتي إبان حيضتها الثانية ، فلا تحيض ، قال : تعتد حين ترتاب ثلاثة أشهر مستقبلة ، قال : فإن حاضت حيضتين ثم جاء إبان حيضتها الثالثة فلم تحض اعتدت حين ترتاب ثلاثة أشهر مستقبلة ولم تعتد بما مضى » .

٢ — وقال أبو حيان في تفسير البحر المحيط[١] : « وقال الزجاج : المعنى : إن ارتبتم في حيضها ، وقد انقطع عنها الدم وكانت ممن يحيض مثلها » .

٣ — وقال ابن العربي في أحكام القرآن[٢] : « وهذه الآية مشكلة واختلف أصحابنا في تأويلها على ثلاثة أقوال .. الأول : معناها إذا ارتبتم .. أن الله جعل عدة الحائض بالأقراء ، فمن انقطع حيضها ، وهي تقرب من حد الاحتمال فواجب عليها العدة بالأشهر بهذه الآية ، ومن ارتفعت عن حد الاحتمال وجب عليها الاعتداد بالأشهر بالإجماع لا بهذه الآية لأنه لا ريبة فيها » .

٤ — وقال الجصاص في أحكام القرآن[٣] : « وعن ابن عباس في التي ارتفع حيضها سنة قال : تلك الريبة ، وروى معمر عن قتادة عن عكرمة في

(١) تفسير البحر المحيط ج ٨ ص ٢٨٤ .
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ج ٤ ص ١٨٢٤ .
(٣) أحكام القرآن ج ٣ ص ٥٦١ .

التى تحيض فى كل سنة مرة قال : هذه ريبة ، عدتها ثلاثة أشهر ، وروى سفيان عن طاووس مثله » .

٥ — ويقول الطبرسى(١) : « واللائى يئسن من المحيض الخ فلا يحضن ، إن ارتبتم ، فلا تدرون لكبر ارتفع حيضهن أو لعارض ، فعدتهن ثلاثة أشهر ، وهن اللواتى أمثالهن يحضن ، لأنهن لو كن فى سن من لا تحيض لم يكن للارتياب معنى ، وهذا هو المروى عن أئمتنا .

٦ — وقال القنوجى فى فتح البيان(٢) : « قال الزجاج إن ارتبتم فى حيضها وقد انقطع عنها الحيض وكانت ممن تحيض مثلها ... فإذا كانت هذه عدة المرتابة فغير المرتابة بها أولى بذلك » .

وهكذا نجد أن الآية تعتبر سنداً لفتوى مالك على هذا التأويل ، وليست هذه الفتوى مستندة إلى مصلحة رآها مالك وخصص بها النص كما قال البعض . ولقد أطال بعض أصحاب مالك فى بيان الحجج التى ترجح هذا التأويل . ومن أهم هذه الحجج ما سبق لابن رشد من أن الآية لو قصد بها من يقطع بعدم حيضها لكان معنى ذلك أن من ارتفع حيضها وهى شابة تبقى فى العدة ولو مضى عليها عشرون سنة ، وكان معنى هذا أنها لو جاءت بولد بعد العشرين سنة فإنه يلحق الزوج مادامت فى العدة ، ولم يقل بذلك أحد .

(ب) وبعض مشايخ المالكية استدل لفتوى مالك بمعقول النص فقال بقياس من ارتفعت حيضتها ثم استمرت تسعة أشهر لم تر فيها حيضاً ولم تحس بحمل على الآيسة .

وهذا ما صرح به كل من ابن رشد الجد وابن رشد الحفيد ، فيقول

---

(١) مجمع البيان مجلد ١٠ ص ٣٠٦ .

(٢) فتح البيان ج ٩ ص ٢ ٤ .

الأول إن من ارتفعت حيضتها « فى معنى اليائسة » ويقول إنه يجب أن تنقضى تسعة أشهر لا دم فيها ينزل بلوغها إليها دون أن ترى فيها دماً منزلة اليائسة . ومثل ذلك فعل الباجى كما سبق .

فهؤلاء يقولون : إن من ارتفعت حيضتها وإن لم تدخل تحت لفظ الآيسة إلا أنها فى معناها . فالآية تدل بلفظها على حكم الآيسة وبمعقولها بطريق القياس على من ارتفعت حيضتها قبل سن اليأس إذا بقيت تسعة أشهر لم تر حيضاً ولم تحس حملا .

(ج) وهناك فريق ثالث يتجه إلى استنباط مناط النص ، فيرى أن العدة فى النص شرعت لبراءة الرحم غالباً ، وبتحقيق هذا المناط فيمن ارتفعت حيضتها يتبين أن عدتها تنقضى بالأشهر الثلاثة بعد التسعة التى لزوال الريبة ، وقد فعل ذلك ابن رشد الحفيد . وهذا الطريق من طريق الاجتهاد متفق عليه فى الجملة ، ويسميه الغزالى تفسير النص بالمعنى المتبادر منه ، ومثل له بأمثلة كثيرة فى شفاء العليل ، وجعل منه استنباط مناط المنع من الميراث فى حديث : «لاميراث لقاتل » ، واستنباط المناط فى حديث : «نهى النبى عن بيع مالم يقبض » وغير ذلك ،وقال إن هذا المعنى يخرج به من النص ويضاف إليه . وسوف نفصل ذلك عند مناقشة مسألة تلقى الركبان والتسعير وغيرهما مما ظنه البعض مصالح خصصت النص ، وما هى فى الواقع إلا تفسير للنص وتحقيق لمناط الحكم فى بعض النوازل .

(د) ويرى البعض من المالكية أن سند مالك فى هذه الفتوى هو إجماع الصحابة . وفى ذلك يقول الباجى : « والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة لأنه روى عن عمر وابن عباس وليس فى الصحابة مخالف » .

والخلاصة أن فتوى مالك باعتداد من ارتفعت حيضتها بالسنة ليست فتوى سندها مجرد المصلحة ، وليس فيها استعمال رأى فى مقابلة نص ، بل

هى : إما تطبيق للنص واستدلال بلفظه أو بمعقوله ، وإما عمل بإجماع يعتبر مثله حجة تخصص النص . وذلك كله فى نظر مالك على الأقل كما فسر به أصحابه فتواه .

الفتوى الخامسة : قتل الزنديق إذا تاب بعد الاطلاع عليه .

استدل بعض الكاتبين فى المصلحة على دعوى مالك تقديم رعاية المصلحة على نصوص الشريعة بفتواه بعدم قبول توبة الزنديق . وحجته فى ذلك أن هذه الفتوى جاءت مخالفة لقوله عليه السلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ألا إله إلا الله ، فإذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم ».

وهذه الفتوى قد حكاها شيوخ المالكية عن إمامهم وتواترت عنه إلا أن أحداً منهم لم يصرح بأن مالكاً أخذ فى ذلك بمصلحة فى مقابلة نص حديث الرسول عليه الصلاة والسلام ، بل إنهم على العكس من ذلك صرحوا بأن سند مالك فى هذه الفتوى كان النص . وإليك عبارات المالكية فى حكاية هذا الرأى فى الفقه المالكى ، ثم بيان أن هذه الفتوى ليست قولا بالمصلحة فى مقابلة النصوص .

يقول أبو الوليد الباجى فى المنتقى شرح موطأ مالك[1] : « وأما الزنديق وهو الذى يظهر منه على كفر يسره ، وهو مع ذلك يدعى الإسلام ، فاختلف فيه العلماء . فقال مالك : يقتل ولا يقبل منه الإيمان إذا أسرته المنية قبل أن يتوب ويراجع الإيمان ، وقال الشافعى : تقبل توبته ولا يقتل ، ولأبى حنيفة فى ذلك قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والثانى مثل قول الشافعى . وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بقول الله تعالى : «فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا » وقالوا عن جماعة من أهل التفسير البأس فى الآية السيف » .

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٦ ص ٢٥٠ .

وجاء فى الشرح الكبير [١]. « وقتل المستتر للكفر وأظهر الإسلام بلا استتابة بعد الاطلاع عليه ، بل ولا تقبل توبته إلا أن يجىء قبل الاطلاع عليه تائباً فتقبل توبته ولا يقتل » .

وجاء فى كفاية الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيروانى[٢] : « ويقتل — وجوباً — الزنديق حداً لا كفراً ولا تقبل توبته إن ظهر عليه ، وتقبل إن تائباً قبل أن يظهر عليه . وهو الذى يسر الكفر ويظهر الإيمان ، وهذا هو المنافق فى زمن النبوة . وإنما لم يقتل النبى صلى الله عليه وسلم المنافقين خشية أن يقال إن محمداً يقتل أصحابه فينفر الناس عن الإسلام » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أمور :

أولا : أن أحداً من المالكية لم يصرح بأن مالكا استند فى هذه الفتوى إلى مصلحة رآها خصص بها النص .

ثانياً : أن أبا الوليد الباجى يصرح بأن مستند هذه الفتوى هو النص الوارد فى كتاب الله تعالى ، فإذا فرضنا أن الحديث الذى سبق يدل نصاً على عدم قتل الزنديق المتستر إذا تاب ، وهو غير صحيح كما سنرى ، فإن المخصص للحديث هو آية « فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا » ، وليس مصلحة سنحت لإمام دار الهجرة قدمها على نص حديث رسول الله عليه السلام .

ولكن إذا فرضنا أن سند هذه الفتوى هو المصلحة المرسلة . فإن هذه المصلحة ليست فى مقابلة نص بل إنها مصلحة فى تفسير نص . واسمع إلى الإمام الغزالى يقول ، فى شفاء العليل ، راداً على من زعم أن هذه مصلحة فى مقابلة نص يقول[٣] :

---

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٠٦ .
(٢) رسالة أبى زيد القيروانى ج ٢ ص ٢٥٠ .
(٣) شفاء العليل ص ١٩٣ .

« فإن قيل فما قولكم فى الزنديق المتستر إذا تاب هل تقتلونه للمصلحة ولا تقبل توبته فإن مذهبه الاستسرار والتماسك . والإظهار تقية عند الحاجة، ولو كففنا عنه بمجرد التوبة لم يعجز عن مثلها عند المعاودة ، وذلك من نفس عقيدته ، ثم يقولون إن قتله بحكم هذه المصلحة على خلاف قوله : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » ، قلنا : هذه مسألة مجتهد فيها ، ولسنا نقطع ببطلان أحد المذهبين . . . ووجه الانفكاك عن قتله يبين من حيث عموم النص ، ومن حيث الاعتبار بكل صنف من أصناف الكفار والمرتدين إذا تابوا . ووجه قتله أن المعلوم من الشرع أن الكافر مقتول ، ونحن نكف عن قتله لتوبته ، والمعنى بتوبته تركه الدين الباطل ، والزنديق بالنطق بكلمة الشهادة ليس تاركا لدينه الباطل ، بل هو حكم من أحكام دينه ، واليهودى والنصرانى وكل ملى يعتقد النطق بكلمة الشهادة كفراً فى دينه وتركا له ، فإذا أسلم فموجب دينه أنه تارك لدينه ، وموجب دين الزنديق عند شهادته أنه يستعمل دينه . فهذا وجه التأويل والنظر ، وليس فيه إيجاب عقوبة لمصلحة ، بل هو قتل بالكفر فى حق من نعتقده كافراً مستمراً على كفره ، وإنما النظر فى بيان أن شهادته ليست فى معنى شهادة الكافر ، وتوبة المرتدين المنتحلين لبعض الأديان ، لأن ذلك ترك فى دينهم ، وهذا استمرار فى دينه ، فليس هذا من قبل شرع العقوبة بالمصلحة المجردة » .

فأنت ترى الغزالى ، وهو يوافق المالكية فى عدم قبول توبة الزنديق ، يصرح بأن هذه المصلحة ليست مخالفة لنص الحديث ، وأن الحديث محمول على الكفار الذين يعتقدون أن النطق بالشهادة ترك لدينهم ، بخلاف الزنديق الذى يعتقد أن النطق بالشهادة أحد الوسائل التى يزاول بها زندقته وإفساده لدين العامة .

ووظيفة المصلحة هنا إنما هى فى تفسير قوله : « حتى يقولوا لا إله إلا الله » .

أو بعبارة أخرى ، فى استنباط مناط عدم قتلهم بالاجتهاد ، فالغزالى والمالكية وبعض شيوخ الحنفية والشافعية[١] يرون أن المناط فى عدم قتلهم أو فى الكف عن قتلهم ليس هو مجرد النطق ، بل ترك دينهم . ولما كان الكفار من اليهود والنصارى يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة قبلت توبتهم بهذا النطق ووجب الكف عنهم . وأما الزنديق فموجب دينه عند النطق بكلمة الشهادة أنه يستعمل دينه لا أنه يتركه .

فآل الأمر إلى تفسير نص فى ضوء المعنى المتبادر منه ، أو استنباط مناط حكم من نص بطريق الاجتهاد ، ولذلك يعبر الغزالى عن هذا بقوله : « والمعنى بتوبته تركه الدين الباطل ، والزنديق ، بالنطق بكلمة الشهادة ليس تاركا لدينه الباطل » ومعنى هذا أن مناط ترك الكافر وعدم قتله بالنطق بكلمة الإسلام هو تركه الدين الباطل ، لا مجرد النطق بالشهادة . ولما كان هذا المناط غير متحقق فى الزنديق لم تكن كلمة الشهادة عاصمة لدمه ، لأنه لا يعتقد ترك دينه الباطل بالشهادة .

واستخراج مناط الحكم من النص بطريق الاجتهاد ، أو تفسير النص فى ضوء المعنى المتبادر منه ، طريق من طرق الاجتهاد التى لجأ إليها جميع الفقهاء وإن اختلفوا فى تعيين هذا المناط فى بعض الفروع . وفى هذا يقول

---

(١) راجع المحلى على المنهاج ج ٤ ص ٧٧ حيث يقول النووى فى المنهاج : « وإن أسلم المرتد صح ، وترك ، وقيل : لا يقبل إسلامه إن ارتد إلى كفر خفى كزندقة وباطنية . وقال الجصاص فى أحكام القرآن ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ : « وذكر بشر بن الوليد عن أبى يوسف فى الزنديق الذى يظهر الإسلام : قال أبو حنيفة أستتيبه كالمرتد ، فإن أسلم خليت سبيله . وقال أبو يوسف كذلك زماناً ، فلما رأى ما يصنع الزنادقة ويعودون ، قال : أرى إذا أتيت بزنديق آمر بضرب عنقه ولا أستتيبه . . ثم قال أبو يوسف : قال أبو حنيفة أقتل الزنديق سراً فإن توبته لا تعرف » وقال فى شرح الدر المختار على تنوير الأبصار ما نصه : « والكافر بسبب الزندقة لا توبة له ، وجعله فى الفتح ظاهر المذهب » راجع شرح الدر المختار ج ٣ ص ٤٥٦ — ٤٥٧ هامش ابن عابدين .

الغزالى فى شفاء العليل بعد ذكر أمثلة هذا النوع من الاجتهاد(١) : « فهذه آراء مختلفة بعضها فى الزيادة على المنصوص كما فى الوصية ، وبعضها فى النقصان من المنصوص من حيث الصيغة ، كما ذكرناه ، ومستند الزيادة والنقصان معنى فهم من نفس النص . . وحظ الأصولى من جملة ذلك أن شيئاً من هذه المسالك ليس باطلا على القطع بطريق أصولى ، لا فى طرف الزيادة ولا فى طرف النقصان ، وأن شيئاً من ذلك ليس مبطلا لأصل التعليل الذى وقع التنبيه عليه بإضافة الحكم إلى القتل . ولكن رجع حاصل النظر إلى أن الحكم منوط بالقتل بعينه ، أو لمعنى يتضمنه ، وإن نيط لمعنى يتضمنه ، فما عين ذلك المعنى وحده ، وقد اشتمل على معان ؟ وكل ذلك فى محل الاجتهاد ، وليس خارجاً عنه . . . نعم للمجتهدين أن يتجاذبوا أطراف الكلام وترجيح بعض المعانى على بعض ، فما لا يناسب من جملة متضمنات القتل لا يجعل مناطاً ، حتى يستخرج بسببه بعض مسميات القتل عن العموم » . . .

ويقول : « أظهرنا من تصرفات العلماء فى الإرث للقاتل النقصان من المنصوص بالمعنى المفهوم من النص ، كما عرف بالاتفاق الزيادة على المنصوص بالمعنى المعقول منه وأمثلة ذلك كثيرة » .

ويقول : « إذا قال : « القاتل لا يرث » فالسابق إلى الفهم من هذه الجناية على الروح والتعدى بالقتل ، فسبق هذا المعنى إلى الفهم من اللفظ فيما يجرى هذا المجرى ، فتحكم فى النقصان والزيادة ، وتفسير الحكم إلى الخصوص من العموم وإلى العموم من الخصوص جاء على نسق واحد ، من حيث إن من منع العلة التى تعكر على الأصل بالتخصيص منع من حيث إن القياس ليس تفسيراً للألفاظ فيجب معرفة الحكم أولا ، ثم طلب علته . وهذا فيما يتقدم الحكم

(١) شفاء العليل ص ٦٠ — ٧٠ .

فى الفهم على العلة والمعنى ، فلا يكون المعنى قرينة . فالمعنى فى هذه الأمثلة ونظائرها سابق إلى الفهم ، فلم يكن من ذلك القبيل . . . وحاصله يرجع إلى تخصيص اللفظ بقرينة ، ولكن صار هذا المعنى المفهوم السابق إلى الفهم قرينة » .

فأنت ترى من هذا أن تفسير النص بالمعنى المتبادر منه ، أو المصلحة السابقة إلى الفهم من شرع الحكم ، طريق من طرق تفسير النص بقرينة المعنى ، وليس تخصيصاً بالمعنى المتبادر من التخصيص . وأن الفقهاء متفقون على هذا النوع من الاجتهاد فى الجملة ، وإن اختلفوا فى التفاصيل . وقتل الزنديق وعدم الكف عنه بمجرد النطق بالشهادة من هذا القبيل ، إذ المعنى المتبادر من قوله عليه السلام : « حتى يقولوا لا إله إلا الله » ترك الكافر لدينه بهذه الكلمة ، وليس النطق بها مجرداً ، إذ لا مصلحة فى هذا النطق ولا غرض يتعلق به ؛ وإنما يفهم أن الكف عنهم لترك دينهم الباطل ؛ فإذا تبين للمالكى أن هذا هو مناط الكف عن الكافر وعدم قتله ، فإنه يحقق مناط هذا الحكم فى الكافر اليهودى والنصرانى ، ولا يجد هذا المناط فى الزنديق لأنه يعتقد استعمال دينه بالنطق بكلمة الشهادة .

فإذا قلنا إن قتل الزنديق وعدم قبول توبته مخصص لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم » فإننا لا نعنى التخصيص بمصلحة خارجة عن النص ، بل إنما نعنى التخصيص للنص من حيث اللغة بالمعنى المتبادر فهمه من اللفظ . وعلى هذا الأساس ، يعبر الغزالى عن هذا النوع من الاجتهاد بالتخصيص قاصداً به تفسير النص بالمعنى المفهوم منه ، أو استنباط مناط الحكم ، ثم تحكيم هذا المناط فى تفسير النص . يقول فى المستصفى(١) : « فإن قيل : فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة فى قتله ،

(١) المستصفى ج ٢ ص ٢٩٨ .

وألا تقبل توبته ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » فماذا ترون ؟ قلنا : هذه المسألة فى محل الاجتهاد ولا يبعد قتله . إذ وجب بالزندقة قتله ، وإنما كلمة الشهادة تسقط القتل فى اليهود والنصارى لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديق يرى التقية عين الزندقة ، فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة فى تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد » .

فإنه يقصد بقوله استعمال مصلحة فى تخصيص عموم تفسير النص بالمعنى المتبادر منه ، أو استخراج مناط الحكم من النص بطريق الاجتهاد ، لا التخصيص بأمر خارج عن النص يراه المجتهد مصلحة ، وهذا هو ما صرح به فى كتابه شفاء العليل فى مسألة الزنديق نفسها كما سبق ، بل ونص عليه أيضاً فى شروط العلة فقال فى شفاء العليل[1] : « الشرط الرابع ، ألا يتغير النص الذى منه الاستنباط بالتعليل ، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل ، وهذا بين فيما اللفظ نص فيه ، أما إذا كان اللفظ عاماً أو ظاهراً ، لم يبعد أن يتغير بالتعليل ظهوره وعمومه فيتطرق إليه تخصيص وتأويل » .

فإن كلامه فى علة أو معنى أو مصلحة أخذت من النص نفسه بطريق الاستنباط ، وليست مصلحة مجردة توصل إليها المجتهد من خارج النص نفسه ، ولذلك جاز عنده أن يخص النص العام أو يؤول الظاهر بالمعنى المتبادر من اللفظ مادام هذا المعنى المتبادر مأخوذاً من النص نفسه ، ونكون بذلك فى دائرة تفسير النص بمقتضى الحكمة أو المصلحة أو المعنى المتبادر إلى الفهم من النص ذاته ، ولم تخرج عن النص نفسه حتى يقال إن النص خص بالمصلحة التى يراها المجتهد .

ولقد أخذ بعض الكاتبين عبارة الغزالى من المستصفى على ظاهرها

---

(١) شفاء العليل ص ٥٥٦ .

وقالوا إن الغزالى يقول إن تخصيص المصلحة للعموم لا ينكره أحد ، ولم يحاولوا الرجوع إلى كلام الغزالى عن المصالح المرسلة فى كتابه شفاء العليل ، حيث عرض لهذا بالتفصيل ، وهم لو رجعوا لعرفوا أن المصلحة التى يعنيها ليست هى المصلحة المجردة ، بل هى المعنى الذى سبق النص له ، أو المعنى المناسب الذى يتبادر فهمه من النص نفسه ، كما مثل له بالخلاف فى تحديد مناط المنع من الميراث فى القاتل وغيره من الأمثلة الكثيرة . ولذلك يصرح الغزالى بأن عدم قبول توبة الزنديق ليس « من قبيل شرع العقوبة بالمصلحة المجردة » .

ومما يؤكد ذلك أن الذى لا ينكره أحد هو استنباط المناط بالاجتهاد أو التخصيص والإخراج من اللفظ والصيغة بالمعنى المتبادر من اللفظ ، كما نص عليه الغزالى فى شفاء العليل . أما المصلحة المرسلة بالمعنى المعروف فإن الخلاف قائم فى حجيتها فضلا عن تخصيصها للعموم ، بل إن القياس وهو المصلحة التى شهد لها النص المعين محل اختلاف بين الفقهاء فى تخصيص النص به ، فكيف بمصلحة لا تشهد النصوص إلا لجنسها ، فهذا كله يقطع بأن عبارة الغزالى فى المستصفى محمولة على المصلحة المتبادرة من اللفظ ، ومعنى التخصيص فيها تفسير النص وتحديد معناه بهذه القرينة ، قرينة المصلحة التى سيق النص لتحقيقها .

الفتوى السادسة : سجن المتهم وضربه .

قال الذين نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة على النص ، إن من الأدلة التى تؤيد هذه الدعوى فتوى مالك بضرب المتهم وسجنه تعذيباً له حتى يقر ، وقالوا : إن هذه الفتوى تخالف النص ، وهم يقصدون بالنص حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، ولم يبين أحد منهم وجه مخالفة هذه الفتوى ، على فرض صحة نسبتها إلى مالك ،

لهذا النص . وسوف نبين خطأ نسبة هذه الفتوى إلى مالك ، ثم نثبت أن هـذه الفتوى ، على فرض صحة نسبتها إليه ، لا تخالف نصاً من نصوص الشريعة ، وأخيراً فإنه على فرض أنها معارضة للنص المذكور فليس فيها تخصيص بمصلحة مجردة لنص ، بل مصلحة شهدت لها أصول شرعية ، فالمخصص فى الحقيقة هو النصوص التى شهدت لجنسها ، وليست المصلحة المجردة .

أولا — نسبة هذه الفتوى إلى مالك :

جاء فى المدونة(١) « قلت : أرأيت إذا أقر بشىء من الحدود بعد التهديد أو القيد أو الوعيد أو الضرب أو السجن ، أيقام عليه الحد أم لا فى قول مالك؟ قال : قال مالك : من أقر بعد التهديد أقيل ، فالوعيد والقيد والتهديد والسجن والضرب تهديد عندى كله ، وأرى أن يقال . قلت : والوعيد والتهديد عند مالك بمنزلة السجن والضرب ؟ قال ، قد أخبرتك بقوله فى التهديد فما سألت عنه عندى مثله . قلت : أرأيت إن أقر بعد القيد والضرب ثم ثبت على إقراره أيقيم مالك عليه الحد ، وإنما كان أصل إقراره غير جائز عليه ؟ قال : لم اسمع من مالك فى هذا إلا ما أخبرتك أنه قال ، وأنا أرى أنه ما كان من إقراره بعد أمن من عقوبة يعرف ذلك ، فأرى أن يقام عليه الحد أو يخبر بأمر يعرف به وجه صدق ما أقر به وعين ، وإلا لم أر أن يقطع ، لأن الذى كان من إقراره أول مرة قد انقطع ، وهذا كأنه إقرار حادث ، بل هو إقرار حادث ... قلت : فإن ضرب وهدد فأقر فأخرج القتيل أو أخرج المتاع الذى سرق أيقيم عليه الحد فيما قد أقر به أم لا ، وقد أخرج ذلك ؟ قال : لا أقيم عليه الحد إلا أن يقر بذلك آمناً لا يخاف شيئاً » .

---

(١) المدونة جـ ١٦ ص ٩٣ .

وقال فى موضع آخر من المدونة[١] :

« قلت : أرأيت لو أن رجلا ادعى على رجل أنه سرق منه ولا بينة له فقال : استحلفه لى ، أيستحلفه له فى قول مالك ؟ قال : إن كان المدعى عليه متهماً بذلك موصوفاً به استحلف وامتحن وهدد ، وإن كان على غير ذلك لم يعرض له ولم يصنع به من ذلك شىء . قال : لقد قال مالك فى المرأة تزعم أن فلاناً استكرهها فجامعها ولا يعرف ذلك إلا بقولها ، قال : قال مالك تضرب المرأة الحد إن كانت قالت ذلك لرجل لا يشار إليه بالفسق ، وإن كان ممن يشار إليه بالفسق نظر فى ذلك ، وأرى فى هذا إن هو قاله لرجل لا يشار إليه بذلك وهو من الفضل والدين رأيت أن يؤدب أدباً موجعاً ولا يباح لأهل السفه شتم أهل الفضل والدين » .

فالذى يؤخذ من هذين النصين أمور :

١ — أن المروى عن مالك أنه قال : « من أقر بعد التهديد أقيل » .

٢ — أن شيوخ المالكية جعلوا الوعيد والقيد والحبس والضرب فى معنى التهديد الذى نص عليه مالك ، فإذا أقر المدعى عليه بعد شىء من ذلك أقيل ولم يؤخذ به .

٣ — يرى ابن القاسم أن المتهم لو ضرب وهدد فأقر فأخرج القتيل أو أخرج المتاع الذى سرق لا يقام عليه الحد بهذا الإقرار المصحوب بإخراج القتيل والسرقة ويقول : « لا أقيم عليه الحد إلا أن يقر بذلك آمناً لا يخاف شيئاً » .

٤ — أن كل هذه النصوص لم تتعرض لجواز الضرب بالتهم أو عدم جوازه ، بل إنما تعرضت لصحة الإقرار بعد الإكراه بالضرب أو غيره ، وإن كان القول بعدم صحة الإقرار يشير إلى عدم جواز هذا الضرب والتهديد.

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٦ .

٥ — أن ابن القاسم يرى أن الرجل إذا ادعى على رجل من أهل الفضل والدين السرقة ولا بينة له أنه يؤدب أدباً موجعاً ، لأنه لا يباح لأهل السفه شتم أهل الفضل والدين ، فمن فعل ذلك عزر ، لأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة فكان فيها التعزير . وأما إذا ادعى على رجل متهم موصوف بالسرقة يشار إليه بالفسق فإنه يجوز أن يستحلف ويمتحن ويهدد .

وابن القاسم قال هذه الفتوى تخريجاً على فتوى مالك في المرأة التي تزعم أن فلاناً جامعها بالإكراه ، فإنه قال : «تضرب المرأة الحد إن كانت قالت ذلك لرجل لا يشار إليه بالفسق ، وإن كان ممن يشار اليه بالفسق نظر في ذلك» .

ومعنى هذا أن القول بأن المدعى عليه في السرقة إذا كان متهماً استحلف وهدد وامتحن ليس هو نص قول مالك ، بل تخريج على فتواه في المرأة التي تدعي أن رجلا جامعها بالإكراه .

٦ — ليس في النص الذي يجيز الاستحلاف والامتحان والتهديد ما يفيد صحة الإقرار الناتج عن التهديد ، وإنما فيه أن من اشتهر وعرف بالسرقة وقامت القرائن القوية على اتصافه بذلك يهدد حتى يرتدع غيره ، ويزدجر عن طريق الحرام .

٧ — والخلاصة أن مالكا لم يثبت عنه أنه قال بجواز ضرب المتهم أو سجنه ليقر بالجريمة التي ادعى عليه بها . وقد صرح بذلك بعض المالكية . يقول اللخمي كما جاء في منح الجليل(١) : «فيمن أقر بعد التهديد خمسة أقوال : الإمام مالك لا يؤخذ به . ابن القاسم إن أخرج المتاع أو القتيل فأرى أن يقال إلا أن يقر بعد أمن العقوبة أو يخبر بأمر يعرف به وجه ما أقر به . . كأن يقول اجترأت أو فعلت فيذكر ما يدل على صدق إقراره .

---

(١) منح الجليل ج ٤ ص ٥٣٩ .

أشهب ، لايقطع ولو ثبت على إقراره إلا أن يعين السرقة ويعرف أنها للمسروق منه . وقال سحنون : إن أقر فى حبس سلطان يعدل لزمه إقراره ، وكيف ينبغى إذا حبس أهل المظنة ومن يستوجب الحبس وأقر فى حبسه أنه لايلزمه ، قال : وإنما يعرف هذا من ابتلى القضاء » .

فأنت ترى من هذا النص أن مالكا وبعض الشيوخ ، عدا سحنون ، لايقولون بصحة الإقرار الناتج عن التهديد أو مافى معناه . وأما سحنون فإنه يقول : إن الإقرار من شخص من أهل التهم فى سجن سلطان لا يحبس إلا بسبب يستوجب الحبس إقرار صحيح ، ومعنى هذا أنه لو كان الإقرار بعد الحبس لمجرد التهمة — وهذا لايكون من سلطان عادل ، لأن السلطان العادل لا يأخذ الناس بمجرد التهم والدعاوى ، بل بقرائن تحيك فى النفس وتصلح سبباً لحبس المتهم منعاً لشره وحفظاً لأموال الناس — فإنه لا يؤخذ به .

ويقول ابن راشد البكرى فى كتابه اللباب[١] : « وشرط الإقرار أن يكون طوعاً وأن يتمادى عليه، وإن أقر بعد أن هدد فقال مالك : لايؤاخذ به ، وقال سحنون : إن كان السلطان يعدل فسجنه فأقر فى السجن لزم . قال : ولا يعرف هذا إلا من ابتلى به . وقال ابن القاسم : إذا أخرج المتاع أو القتيل لم يلزمه إلا أن يقر بعد أمن من العقوبة ويعرف ذلك ، أو يعزو ويحضر بأمر يعرف وجه ماأقر به » .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير[٢] : (وثبتت) السرقة (بإقرار إن طاع) به (وإلا) بأن أكره على الإقرار من حاكم أو غيره ولو بسجن أو قيد (فلا) يلزمه شيء متهما أم لا ، عند ابن القاسم (ولو أخرج السرقة)

---

(١) لباب اللباب لابن راشد البكرى ص ٢٩٥ .
(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٥ .

لاحتمال وصول المسروق إليه من غيره (أو عين القتيل) الذى أكره على الإقرار بقتله فأقر وأخرجه . . . لاحتمال أن غيره قتله ، فلا يقطع ولا يقتل إلا أن يقر بعد الإكراه آمناً كما فى المدونة . وقال سحنون يعمل بإقرار المتهم بإكراهه وبه الحكم أى إن ثبت عند الحاكم أنه من أهل التهم فيجوز سجنه وضربه ويعمل بإقراره . والأول هو المشهور والأوفق بقواعد الشرع » .

وهذا النص يفيد أن المشهور فى مذهب مالك أن الإقرار بعد الضرب لا يؤخذ به ، ولم يخالف فى ذلك إلا سحنون ، فإنه قال بقبول ذلك بالشرط الذى ذكره من أن الشخص يجب أن يكون متهماً وتقوم القرائن على اتهامه وأن يكون الحبس فى ظل سلطان عادل ، لا يأخذ بالمظنة ، بل يعتمد على القرائن القوية .

ثانيا — هل فتوى مالك تعارضها النص :

إنه مع تسليم أن مالكا يقول بسجن المتهم أو ضربه ، وهو ما روى عن بعض شيوخ المالكية ، فإن هذه الفتوى ليس سندها المصلحة المجردة فى مقابلة حديث : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وذلك للأسباب الآتية :

١ — يرى بعض شيوخ المالكية أن سند مالك فى الحبس بالتهم هو النص وليس المصلحة المجردة ، وإذا كان الأمر كذلك فإن النص هو الذى يخصص النص وليس المصلحة .

فقد قال الباجى فى المنتقى شرح موطأ مالك[1] : « وقد روى ابن حبيب عن مطرف : من سرق له متاع فاتهم من جيرانه رجلا غير معروف ،

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٧ ص ١٦٦ .

أو اتهم رجلا غريباً ، أنه يسجن حتى يكشف عن حاله ولا يطال حبسه لأن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا اتهمه المسروق منه بسرقة لغيره وقد صحبه فى السفر » .

وجاء فى الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم (١) : «عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حينما صالح أهل خيبر على أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء والبيضاء ، وألا يكتموا شيئاً ، ولا يغيبوا شيئاً ، وكان لحيي بن أخطب حلي ومال ومسك فغيبوه عن المسلمين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حيي بن أخطب ما فعل مسك حيي الذى جاء به من النضير ؟ فقال : أذهبته النفقات والحروب . قال : العهد قريب والمال أكثر من ذلك . فدفعه رسول الله إلى بعض الصحابة فمسه بعذاب ، فأشار إلى خربة هناك فقال: قد رأيت حيياً يطوف هنا ، فذهبوا إلى حيث قال فوجدوا المسك فى الخربة » .

ولست بصدد بيان صحة هذه الأحاديث أو عدم صحتها ، أو بيان ترجيح ما نسب إلى مالك أو عدم ترجيحه ، وإنما الذى أردته هو بيان أن فتوى مالك على القول بصحة نسبتها إليه ، ليس سندها المصلحة المجردة فى مقابلة النص .

٢ — ضرب المتهم مصلحة ملائمة تشهد لها الأصول : وأخيراً نقول : إنه على فرض أن ضرب المتهم وسجنه بقصد الاعتراف بما اتهم به هو قول مالك رضى الله عنه ، فإن مالكا لم يبين سند هذه الفتوى ، والذين قالوا من المالكية إن سند هذه الفتوى هو المصلحة ، بينوا أنها مصلحة تلائم

---

(١) السياسة الشرعية لابن القيم ص ٨ .

تصرفات الشارع ، وتدخل تحت جنس اعتبرته النصوص فى الجملة وإن لم يشهد له أصل معين . وفسروا ذلك بأن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أصل كلى وقاعدة قطعية ، وعام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وذكروا النصوص التى تشهد لهذا الأصل وقالوا : إن ضرب المتهم وسجنه يعد جزئياً لهذا الأصل الكلى ، وفرداً من أفراد هذا العام الاستقرائى ، لأن فيه حفظ أموال عامة الناس وهى مصلحة عامة ، وإن كان فيه تفويت مصلحة فرد ، وذلك على فرض أن الضرب أصاب بريئاً ، ويقولون إن ذلك نادر لأن مالكا وغيره لا يقول بالضرب لمجرد التهمة بل إذا قامت القرائن القوية على أن المتهم هو الذى ارتكب الجريمة التى اتهم بها .

وإذا كان الأمر كذلك فإن الذى خصص نص الحديث ليس هو المصلحة المجردة التى رآها المجتهد ، بل هى النصوص التى شهدت للأصل الكلى والقاعدة العامة ، وهو تقديم المصلحة العامة على الخاصة .

وأعود فأكرر أنى لست بصدد بيان أن مناط هذا الأصل الكلى ينطبق أولا ينطبق على مسألة التهمة بالسرقة ، وإنما الذى أريد أو أوضحه هو أن هذه الفتوى التى قال بها أصحاب مالك ، والتى نسبها البعض إليه لا تدل على أنه أو أحداً من أصحابه ، يقدم المصلحة المجردة على النص . وإنما هى مصلحة شهدت لها أصول شرعية ، واجتمعت النصوص على أن جنسها معتبر للشارع . ومثل هذه المصلحة الكلية لا ينازع أحد فى أنها تخصص النص الجزئى ، لأن المخصص فى الحقيقة هو النصوص التى شهدت لجنسها. بل إن هذه المصلحة داخلة فى باب القياس عند جمهور الأصوليين ويعبرون عنها بالمناسب الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم . وقد سبق القول فى ذلك .

٣ — ولكن هل يمكن القول بأن ضرب المتهم للمصلحة الملائمة يخصص

حديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » حقيقة ؟ الواقع خلاف ذلك . فإن معنى الحديث أنه لا يحكم للمدعى بما ادعاه إلا إذا أقام البينة على دعواه ، فإذا لم يقم بينة على دعواه ، لم يكن له على المدعى عليه إلا اليمين .

والقائلون بجواز الضرب بالتهم لم يقولوا إنه يحكم على المتهم بما ادعاه المدعى من إقامة الحد على المتهم أو تضمين المال الذى سرقه دون بينة من المدعى ، فإن مجرد التهمة لا يوجب إقامة الحد قولا واحداً ، وإنما يوجب تعزير المتهم إذا قامت القرائن القوية لهذه التهمة ، وهذا الضرب كما قال شيوخ المالكية تعزير للمتهم لينزجر هو وليرتدع غيره ، أو ليعين المتاع فتشهد به البينة لصاحبه . أو ليتمادى على الإقرار بعد أمنه فيقام عليه الحد . وأما على رأى سحنون فإنه يؤخذ بإقراره ، وليس فى هذا معارضة لقوله : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، إذ هذا الحديث يتعرض لحالة الإنكار من المدعى عليه ، لا لحالة الإقرار .

والذى يمكن أن يقال : إن ما يعارض قول سحنون هو قوله تعالى : لا « إكراه فى الدين » وغيره من النصوص التى تجعل الإكراه مفسداً للاعتراف ، إلا أن سحنون يرى أن الإكراه محمول على الإكراه دون حق ، وأما الإكراه بحق فإنه جائز ومقبول عنده كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف ، والمدين يكره على بيع ماله وفاء لدين الغرماء .

وبذلك يكون كل ما فعله سحنون أنه استنبط مناط قوله تعالى : « لا إكراه فى الدين » فقال إن المناط فى منع اعتبار آثار الإكراه ، هو أن الإكراه ظلم من المكره ، فإذا كان الإكراه بحق وعدل ، فإن آثاره تترتب عليه . وهو قد قال إن الحبس الذى يصح الإقرار معه هو حبس السلطان العادل . والسلطان العادل لا يحبس إلا بسبب شرعى يوجب الحبس .

وبذلك يكون اجتهاد سحنون اجتهاداً فى استنباط مناط النص ، أو تفسيراً للنص فى ضوء المعنى المتبادر منه . أو المصلحة التى سيق لتحقيقها . وليس فيه تقديم مصلحة يراها المجتهد على نص شرعى(١) .

٤ — فتوى مالك ترجيح بين المصالح :

وأخيراً ، فإن الغزالى يرى أن فتوى مالك بضرب المتهم ، والغزالى لا يقول بها ، ليست مصلحة فى مقابلة نص ، وإنما هى من باب الترجيح بين المصالح المتعارضة . ولذلك نجد الغزالى فى شفاء العليل بعد أن يرد كل مصلحة فى مقابلة نص ، يصرح بأن فتوى مالك بضرب المتهم فى محل الاجتهاد ، أنه لا يقطع ببطلان مذهب مالك على القطع فيقول : « فإن قال قائل : المصلحة الداعية إلى الضرب بالتهم السرقة والقتل وما يجرى وغيلة خفية .. وقد رأى مالك ذلك فماذا تكلم فيه ؟ .. قلنا . هذه المصلحة غير معمول بها ... لأنها لم تسلم عن المعارضة بمصلحة تقابلها ... والمانع فى هذا المثال تقابل المصلحة من الجانبين ، وعلى الجملة هذه المسألة فى محل الاجتهاد ، ولسنا نحكم ببطلان مذهب مالك على القطع ، فإذا وقع النظر فى تعارض المصالح كان ذلك قريباً من النظر فى تعارض الأقيسة المؤثرة التى ذكرناها»(٢).

---

(١) وإليك ما يقوله الشاطبى فى ذلك « فإن قيل : لا فائدة من الضرب ، وهو لو أقر لم يقبل إقراره فى تلك الحال ؟ فالجواب أن له فائدتين :

إحداهما : أن يعين المتاع فتشهد عليه البينة لربه وهى فائدة ظاهرة . والثانية : أن غيره قد يزدجر حتى لا يكثر الإقدام فتقل أنواع هذا الفساد . وقد عدله سحنون فائدة ثالثة ، وهو أنه إذا أقر حالة التعذيب فإنه يؤخذ عنده بما أقر به فى تلك الحال ، قالوا وهو ضعيف فقد قال الله تعالى : « لا إكراه فى الدين » ولكن نزله سحنون على من أكره بطريق غير مشروع ، كما إذا أكره على طلاق زوجته ، أما إذا أكره بطريق صحيح فإنه يؤخذ به كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف فإنه مأخوذ به . وقد تتفق له بهذه الفائدة على مذهب غير سحنون إذا أقر حالة التعذيب ثم تمادى على الإقرار بعد أمنه فيؤخذ به » . الاعتصام ج ٢ ص ١٢٠ .

(٢) شفاء العليل ص ١٩٩ — ٢٠٣ .

وعلى هذا التصوير ، فإن المجتهد يجد أمامه مصلحتين : مصلحة حفظ المال ، وهى مصلحة قطعية ، ومصلحة حفظ النفس وعدم المساس بالشخص أو قطعيه أو ضربه ، وهى مصلحة قطعية أيضاً ، وقد تعارضت هاتان المصلحتان ، لأننا إما أن نضرب بالتهم فتضيع مصلحة عدم المساس بالمسلم ، ونحفظ المال ، وإما أن نكف عن الضرب بالتهم، فتفوت الأموال ، لأن السارق لا يقر على نفسه مختاراً ، وإقامة البينة على السرقات التى تتم فى جنح الظلام من عصابات اتخذت ذلك حرفة لها غير متيسر ، وإن تيسر فإن سلطان الدين قد ضعف فى نفوس الناس فلا يقدم أحد على أداء الشهادة خوفاً على نفسه وماله من تلك العصابات، وبذلك تضيع الأموال إذا لم نعزر بالقرائن القوية التى ترجح ارتكاب المتهم للسرقة ، كأن يكون من أهل الفساد والسرقات أو وجد المسروق فى جيبه .

والمجتهد يعلم أن الشارع راعى هاتين المصلحتين ، وقد اجتمعتا فى نازلة واحدة ، فوجب الترجيح ، فمالك يرى أن مصلحة المحافظة على المال أرجح، لأن لها صفة العموم ، ومصلحة عدم المساس بالمسلم مرجوحة ، لأن لها صفة الندرة والخصوص ، ذلك أن الذى يعزر هو من قامت القرائن القوية على ارتكابه الجريمة ، ويندر أن ينال الضرب فى هذه الحالة بريئاً عن السرقة .

وأما الغزالى فيرى أن مصلحة حفظ النفس أرجح من المحافظة على المال ، لأن الشارع قد عهد منه تقديم مصلحة النفس على المال ، فهو ينظر إلى قيمة المصلحة فى ذاتها ، لا إلى عمومها وشمولها . فالمهم عنده أن الضرب قد يصيب بريئاً ، وهو اعتداء على النفس ، والمحافظة على المال وإن كانت مصلحة عامة ، فإنه لا تقابل هذا الاعتداء .

الفتوى السابعة والثامنة : جواز التسعير وتلقى الركبان .

استدل بعض الكاتبين فى المصلحة على دعوى أن مالكا يقدم المصلحة

على مقتضى الأدلة الشرعية بفتواه بجواز التسعير عند الحاجة ، وبجواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع فى الأسواق .

والحقيقة أن فتوى مالك فى هذين الفرعين ليست فتوى على خلاف النص ، وإنما هى تطبيق للنص ، واستخراج لمناطه بطريق الاجتهاد . ومثل هذا النوع من الاجتهاد يتفق الأئمة على سلوكه ، واستنباط الأحكام بناء عليه . ومقتضاه أن يرد نص بحكم شرعى ، دون أن يدل النص بلفظه على مناط هذا الحكم ، ويكون عمل الفقيه هو استنباط هذا المناط بطريق الاجتهاد . معتمداً على ما عرف من تصرفات الشارع فى التشريع وتفريع الأحكام .

ففى حديث « لا ميراث لقاتل » مثلا دل النص على حكم هو المنع من الميراث للقاتل ، دون أن يبين مناط هذا المنع ، فاجتهد الفقهاء فى تعيين هذا المناط . فمن قائل : بأن المناط المتبادر من لفظ الحديث هو التعدى على الأرواح والجناية دون حق ، ومن ثم فلم يمنع القاتل بحق أو قصاصاً ، ولم يمنع القاتل غير المكلف ، ومن قائل : إن المناط هو أنه قتل متعمد ومن ثم فلا يمنع القاتل خطأ ، ومن قائل : إنه قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة ، ومن قائل : إن المناط أنه قتل مطلقاً . وهكذا نجد الفقهاء يختلفون فى مناط حكم المنع من الميراث على وجه التحديد ، وبذلك يحددون نطاق تطبيق الحكم الشرعى ، ويحصرونه فى دائرة هذا المناط . ولا يقال إن فى ذلك إخراجاً من النص بالمصلحة ، وإليك عبارات العلماء فى تجويز هذا النوع من الاجتهاد :

١ — يقول الشافعى رضى الله عنه فى الرسالة[1] : « كل حكم لله أو

---

(١) الرسالة ٥١٢ .

لرسوله وجدت عليه دلالة فيه ، أو فى غيره من أحكام الله أو رسوله ، بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها إذا كانت فى معناها » .

فالشافعى يقرر أن للفقيه أن يستنبط المعنى أو الحكمة أو المصلحة التى حكم الشارع لأجلها ، من الحكم نفسه أو من غيره من أحكام الله تعالى أو أحكام رسوله ، ثم يفسر النص على ضوء هذه الحكمة فيخرج منه ما لا توجد فيه المصلحة أو الحكمة التى قصد بالنص تحقيقها ويلحق به كل ما توافر فيه هذا المعنى .

٣ — ويقول الشاطبى فى الموافقات[1] : « إن للأصوليين قاعدة .... هى أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيم هذا المعنى فى النص ، بالتخصيص له ، والزيادة عليه ، ومثلوا ذلك بقوله عليه السلام « لا يقضى القاضى وهو غضبان » فمنعوا ـ لأجل معنى التشويش ـ القضاء مع جميع المشوشات وأجازوا مع ما لا يشوش من الغضب » .

فهذا النص يفيد أن للفقيه أن يستنبط المعنى او الحكمة أو المصلحة التى قصد الشارع تحقيقها من النص ، فإذا ما توصل إلى المعنى المناسب أو المصلحة فإنه يفسر النص فى ضوء هذه المصلحة فيخرج منه ، ويضيف إليه من حيث الصيغة فقط ، وذلك لأن ما أخرجه ليس داخلا فى معنى النص شرعاً وإن اقتضاه لغة ، وما أدخله دل عليه النص بمعقوله . فالإخراج والزيادة من الصيغة بمقتضى دلالتها فى اللغة ، لا بمقتضى قصد الشارع منها .

٣ — يقول الغزالى فى شفاء العليل[2] بعد أن ذكر كثيراً من أمثلة هذا النوع من الاجتهاد ، ونسب القول به إلى جميع الأئمة : « فهذه آراء مختلفة

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ٨٩ .

(٢) شفاء العليل ص ٦٠ .

بعضها فى الزيادة على المنصوص ، كما فى الوصية ، وبعضها فى النقصان من المنصوص من حيث الصيغة ، كما ذكرناه ، ومستند الزيادة والنقصان معنى فهم من نفس النص .... وحظ الأصولى من ذلك أن شيئاً من هذه المسالك ليس مبطلا لأصل التعليل الذى وقع التنبيه عليه بإضافة الحكم إلى القتل . ولكن رجع حاصل النظر إلى أن الحكم منوط بالقتل لعينه ، أو لمعنى يتضمنه ، وإن نيط به لمعنى يتضمنه فما عين هذا المعنى وحده ، وقد اشتمل على معان ؟ وكل ذلك فى محل الاجتهاد وليس خارجاً عنه » .

ثم يورد الغزالى اعتراضاً على نفسه ويجيب عليه فيقول(١) : « فإن قيل: إن من مشهور كلام الأصوليين أن كل علة مستنبطة من أصل عكرت على الأصل بالتخصيص فهى باطلة ، فإن من شرط التعليل للحكم ألا يتضمن تغيير الحكم المنصوص عليه . . . قلنا الكلمات التى تداولتها الألسنة لا سبيل إلى تقليدها دون البحث عن مداركها وأدلتها ، وإنما اتباع صورتها دأب العجزة ... (الذين) لازموا بحكم القصور والعجز حضيض التقليد ، وركنوا إلى ما تداولته الألسنة من غير غوص على خفايا أسرارها . . . » ثم بدأ يجيب على الاعتراض فقال: « إنا أظهرنا من تصرفات العلماء فى الإرث للقاتل النقصان من المنصوص بالمعنى المعقول منه ، وأمثلة ذلك كثيرة ». وبعد أن سرد كثيراً من الأمثلة ومنها منع القتل للميراث قال: « إذا قال: «القاتل لا يرث فالسابق إلى الفهم من هذه الجناية على الروح والتعدى بالقتل ، فسبق هذا المعنى من اللفظ فيما يجرى هذا المجرى ، فتحكم فى النقصان والزيادة وتفسير الحكم إلى الخصوص من العموم ، وإلى العموم من الخصوص جائز على نسق واحد من حيث إن من منع العلة التى تعكر على الأصل بالتخصيص منع من حيث إن القياس ليس تفسيراً للألفاظ فيجب معرفة الحكم أولا ، ثم طلبت علته ، وهذا فيما يتقدم فيه الحكم فى الفهم على العلة والمعنى ،

---

(١) المرجع السابق ص ٦٥ .

فلا يكون المعنى قرينة . فالمعنى فى هذه الأمثلة ونظائرها سابق إلى الفهم وهو قائم مقام القرينة المفسرة للفظ المقررة لمعناه فى الفهم فلم يكن من ذلك القبيل ... وحاصله يرجع إلى تخصيص اللفظ بقرينة ، ولكن صار المعنى المفهوم السابق إلى الفهم قرينته » .

وقد أطلت على القارىء فى هذا الخصوص لأبرهن على أن استنباط المصلحة أو الحكمة التى شرع الحكم لتحقيقها من النص نفسه ، ثم تفسير النص فى ضوء هذه العلة والمصلحة ، ضرب من ضروب الاجتهاد التى اعتمدها كل الأئمة ، وأنه ليس فيها عمل بمصلحة أو حكمة على خلاف النص ، وإنما فيها تطبيق للنص نفسه ، وتفسير له بالمعنى المناسب أو المصلحة السابقة إلى الفهم من ذات النص لا من خارج .

فإذا تقررت هذه القاعدة فنقول : إن جواز التسعير عند الحاجة ، وجواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع من هذا القبيل . وبيان ذلك .

أولا : روى أنس رضى الله عنه قال : « غلا السعر فى المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الناس يا رسول الله سعر لنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، إنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال»[١] . فقال مالك وكثير من الفقهاء إن مناط امتناع الرسول عليه السلام عن التسعير ليس هو كونه تسعيراً ، وإنما لما فيه من الظلم للتجار ، وهو يرجو أن يلقى الله وليس أحد يطلبه بمظلمة ، وهذا يعنى أن ارتفاع السعر لا يد للتجار فيه ، وإنما كان نتيجة طبيعية لقانون العرض والطلب . وفى هذه الحالة لا يجوز التسعير لأنه ظلم للتجار ، وهم لم يفعلوا شيئاً من جانبهم لرفع السعر ، وإنما هى ظروف العرض والطلب ، فهم يبيعون بسعر المثل ،

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائى .

لا يستغلون حاجة المستهلك ، ولا يحتكرون الطعام جشعاً منهم . وإذا كان هذا هو مناط المنع ، فعلى الفقيه أن يفتى بالمنع من التسعير إذا لم تدع الحاجة إليه ، بأن كانت السلع متوفرة فى الأسواق ، تباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع . أما إذا لجأ التجار إلى الحيل والاحتكار ، وأخفوا السلع طمعاً فى الكسب المحرم ، والربح الخبيث ، مستغلين حاجة العامة إلى الطعام ، فإن الفقيه يفتى بجواز التسعير للإمام ، رفعاً لهذا الظلم ، وإجباراً للتجار على العدل . ولا يقال إن التسعير فى هذه الحالة منهى عنه ، ذلك أن مناط النهى غير متحقق فى هذه الحالة ، لأن ارتفاع السعر هنا بفعل التجار ، والثمن يزيد على المثل . فالاجتهاد فى هذا الفرع كما ترى من قبيل تفسير النص فى ضوء المعنى أو المصلحة المتبادرة من النص نفسه ، وليس فيه تخصيص نص بمصلحة بالمعنى المتبادر من التخصيص ، ولا عمل بمصلحة يراها الفقيه فى مقابلة نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم[١] .

ثانياً : جواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع : جاء النهى عن تلقى الركبان حتى يهبطوا بالتجارة إلى الأسواق ، واتفق الفقهاء على أن مناط هذا النهى ليس كونه تلقياً ، واختلفوا بعد ذلك فى تحديد هذا المناط ، أو المصلحة التى كان النهى عن التلقى تحصيلا لها . فبينما يرى البعض أن النهى قد قصد به مصلحة أهل السوق عامة وتوفير السلع لهم ، ومن ثم فلا يتحقق مناط هذا الحديث إذا كثرت السلع ، واعتدلت الأسعار ، ووجد كل فرد السلعة التى يريدها بالسعر المعقول . ومن قائل إن المصلحة التى قصد بالنهى تحقيقها هى المحافظة على السلع الضرورية لعامة الناس كالطعام والضروريات دون المواد الكمالية ، ومن ثم فلا يمنع التلقى إذا كان القصد منه شراء ما لا يرغب فيه العامة وليس ضرورياً لجمهور المسلمين . ومن قائل إن النهى قد قصد به حماية البائع نفسه ، لأنه يجهل الأسعار فربما باع بسعر بخس ، وقووا ذلك بزيادة

---

(١) راجع المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ١٨ .

وردت فى بعض الأحاديث تعطى للبائع الخيار ، وهذه هى رواية أبى هريرة رضى الله عنه قال : « لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق(١) » . وعلى هذا فإذا كان صاحب السلعة قد علم بسعر السوق ، أو باعها بسعر المثل أو أزيد منه فلا يتحقق مناط الحديث فلا يمنع التلقى ولا يثبت الخيار . بل يقرر الجوينى من الشافعية أن مناط التحريم أن يكذب المتلقى فى سعر البلد ، ويشترى منهم بأقل من ثمن المثل ، وشرط المتولى أن يخبرهم بكثرة المؤونة عليهم فى الدخول(٢) .

وهذا كله اجتهاد فى استنباط المصلحة أو الحكمة التى قصد بالحكم تحقيقها ، فإذا توصل إليها المجتهد فسر النص فى ضوئها . وكل فقيه قال بمناط أو بمعنى مناسب غلب على فهمه من النص ، وليس فى شىء من هذا الاجتهاد تقديم مصلحة مجردة على نص شرعى كما ترى ، وإنما هو إعمال للنص ، وتفسير له بالمعنى المناسب المتبادر منه ، أو بالقرائن المحتفة به التى تشير إلى المصلحة التى قصد به تحقيقها ، أو الحكمة التى شرع من أجلها . وكثير من الفروع التى حسبها بعض الكتاب تقديماً لمصلحة على نص ، تدخل تحت هذا النوع من الاجتهاد .

بقى أن نتساءل هل يطلق على هذا النوع من الاجتهاد مصلحة مرسلة ، أم يسمى استنباط المناط وتحديد نطاق تطبيق الحكم بهذا المناط ؟

يرى بعض شيوخ المالكية أن هذا النوع من الاجتهاد يسمى مصلحة مرسلة ، فالقرافى يصرح بأن الفقيه إذا اعتمد على المعنى المناسب المتبادر من النص فى الإخراج من النص أو الإدخال فيه ، أو كما عبر هو « فى الجمع والفرق » ، كان مستدلا وقائلا بالمصلحة المرسلة . ذلك أن هذا المعنى

---

(١) رواه الشيخان .

(٢) الشوكانى على منتقى الأخبار ج ٥ ص ١٤٢ .

المناسب الذى به قاس الفقيه واقعة على أخرى ، أو فرق به بين واقعتين ، لم يرد نص من الشارع باعتباره علة للحكم الذى قاس عليه . وإنما استنبطه الفقيه من النص باجتهاده معتمداً على ما عرف من عادة الشرع وعهد عنه فى التفريع وتشريع الأحكام . وإليك عبارة القرافى فى هذا المقام :

يقول رضى الله عنه فى شرح تنقيح الفصول(١): « وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا . وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أوجمعوا أو فرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى به جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسلة . فهى حينئذ فى جميع المذاهب » .

فأنت ترى أن القياس بين المجتمعين ، أو الفرق بين المختلفين ، بالمعنى المناسب المتبادر من اللفظ يسمى مصلحة مرسلة عند القرافى ، وإذا كان قصده بالمصلحة المرسلة هذا المعنى ، فإن نسبة القول بها إلى جميع أئمة المذاهب نسبة صحيحة .

ولقد أدخل بعض كتاب الأصول الأحناف أيضاً هذا النوع من الاجتهاد فى المصالح المرسلة كما فعل القرافى المالكى ، أما جمهور الأصوليين فإنهم يسمونه الإخالة ، أو استخراج المناط بطريق الاجتهاد ، ولقد نبه الغزالى والشاطبى على أن المناسب أو المصلحة التى تستنبط بهذا الطريق تصلح مفسرة للنص بالإخراج منه والإضافة إليه ، بشرط واحد ، هو أن يكون هذا المعنى أو المصلحة متبادراً من اللفظ(٢) .

---

(١) شرح تنقيح الفصول ١٧١ .

(٢) راجع شرح التلويح على التوضيح ٢ : ٧١ يقول صدر الشريعة: « وإذا وجدت الملاءمة يصح العمل ولا يجب عندنا ، بل يجب إذا كانت مؤثرة ، وعند بعض الشافعية يجب العمل بالملائم بشرط شهادة الأصل ، وعند البعض بمجرد كونه مخيلا ، وهذا يسمى بالمصالح المرسلة ، أى الأوصاف التى تعرف عليتها بمجرد كونه مخيلا تسمى بالمصالح المرسلة » .

الفتوى التاسعة والعاشرة : الأكل من الغنيمة ، وقطع نبات الحرم .

وأخيراً ،فإن بعض الكتاب يستدلون بفتوى مالك بجواز الأكل من الغنيمة ، وقطع الشوك المؤذى للناس فى الحرم على أنه رضى الله عنه يقدم رعاية المصلحة على نص الكتاب والسنة . والحق أن فتوى مالك فى هذين الفرعين فتوى بمصلحة يشهد لها الأصل المعين ، فليس فيها تقديم مصلحة مجردة على نص شرعى ، وغاية الأمر أن فيها تخصيص نص شرعى بنص آخر ، إذ الحكم فى القياس يؤخذ من معقول النص الذى أثبت حكم الأصل .

١ — أما عن قطع الشوك الذى يؤذى الحجيج فى الحرم ، فإنه قد أخذ بطريق القياس على قتل الفواسق الخمس بجامع الإيذاء فى كل من الأصل والفرع ، فكان حديث قتل الفواسق الخمس فى الحرم هو الدال بمعقوله على جواز قطع الشوك المؤذى ، وهو الذى يخصص قوله عليه السلام « ولا ينفر صيدها ، ولا يختلى شوكها » وليس فيه تقديم عمل بمصلحة مجردة على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ — وأما بالنسبة لجواز الأكل من الغنائم قبل القسم فإنه ليس قولا لمالك وحده وإنما هو الراجح عند الشافعية والحنفية أيضاً(١) .

وسند هذه الفتوى هو المصلحة التى يشهد لها النص المعين والتى يرجع

---

(١) راجع المهذب لأبى إسحاق الشيرازى ٢ : ٢٤٠ يقول : « ويجوز ذبح ما يؤكل للأكل . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز ، والمذهب الأول ، لأنه مما يؤكل فى العادة فهو كسائر الطعام » . وقال النووى فى المنهاج : « للغانمين التبسط فى الغنيمة — قال المحلى — أى قبل القسمة ، بأخذ القوت وما يصلح به ولحم وشحم ، وكل طعام يعتاد أكله عموماً ، وعلف الدواب تبناً وشعيراً ونحوهما وذبح حيوان مأكول للحمه » المحلى على المنهاج ج ٤ : ص ٢٢٢ . ويقول السرخسى فى المبسوط ١٠ : ٢٢ « إذا تحققت الحاجة والضرورة فلا بأس بأن يفعل ذلك فى دار الحرب بغير ضمان وفى دار الإسلام يشترط ضمان النقصان » .

حاصلها إلى القياس . وبيان ذلك أن جواز الأكل من الطعام كالعسل والعنب والفواكه ثابت بالسنة الصحيحة ، فقاس عليه مالك ذبح الحيوان من الإبل والبقر والغنم لأكله ، بجامع أنها طعام تشتد إليه الحاجة . وإذا كانت المصلحة فى ذبح الإبل والبقر والغنم مصلحة يشهد النص لعينها ، فإن المخصص لنصوص الغلول ومنع الأخذ من الغنائم هو هذا النص الذى أثبت حكم الأصل .

وإليك عبارة الزرقانى على الموطأ لتعلم منها أن هذه الفتوى سندها المصلحة التى تستند إلى الأصل الشرعى يقول[1] :

« قال مالك : لا أرى بذلك بأساً أن يأكل المسلمون ، إذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا من ذلك كله قبل أن تقع المقاسم ، لما فى الصحيح عن ابن عمر : كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب ، زاد أبو نعيم ، والفواكه ، والإسماعيلى ، والسمن ، فنأكله ولا نرفعه . وإلى هذا ذهب الجمهور وإلى أنه يجوز أكل القوت وما يصلح به كل طعام يعتاد أكله عموماً ، والمعنى فيه أن الطعام يندر فى دار الحرب فأبيح للضرورة وإن لم تكن الضرورة ناجزة » ثم قال : « قال مالك : وإنما أرى الإبل والبقر والغنم بمنزلة الطعام يأكل منه المسلمون إذا دخلوا أرض العدو ، وكما يأكلون الطعام بجامع أن كلا مأكول ، فيجوز ذبحه الأكل بشرط الحاجة . ولو أن ذلك لا يؤكل حتى يحضر الناس المقاسم ويقسم بينهم أضر ذلك بالجيوش. فلا أرى بأساً بما أكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة إليه ، فلا يجوز بلا حاجة » .

فأنت ترى من هذا النص أن فتوى مالك بجواز ذبح الإبل والغنم والبقر للأكل عند الحاجة فتوى أساسها المصلحة المؤيدة بما ورد فى الصحيح من

---

(١) الموطأ ج ٢ : ص ٣٠٠ .

أن الصحابة كانوا يأكلون من الطعام قبل القسم ولا يرفعونه ، والنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على ذلك ، والإبل والبقر والغنم فى معنى الطعام عند مالك رضى الله عنه عند الحاجة والضرورة . فليس الأكل من المصالح الغريبة التى لا تعتمد على الأصول الشرعية .

الفرع الثانى

رد شبه من زعم أن مالكا يترك خبر الواحد بالمصلحة

زعم بعض الكاتبين فى المصلحة أن المالكية يقدمون المصلحة التى لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الآحاد . وفى ذلك يقول الدكتور معروف الدواليبى فى كتابه المدخل إلى علم أصول الفقه[1]: « والطائفة الثالثة تأخذ بالمصلحة المرسلة ، ولو لم يكن لها فى الشريعة أصل يشهد لها بالاعتبار ، غير أنهم يقفون بها موقف المعارضة للنصوص التى لا تكون قطعية ، سواء فى دلالتها كتخصيص العام فى القرآن أحياناً بالمصلحة المرسلة ، أو فى ثبوتها كتخصيص خبر الآحاد بالمصلحة المرسلة ، وقد أخذ بذلك المالكية » .

ولم يقدم هذا الكاتب أمثلة من فقه مالك رضى الله عنه يسند بها هذه الدعوى ، وهو لو بحث عن هذه الأمثلة لما وجد منها مثالا واحداً ، ذلك أن الثابت عن إمام دار الهجرة ناصر السنة ، أنه لم يترك نص حديث ثبت عنده لمصلحة رآها قط ، إذا لم يكن لهذه المصلحة أصل شرعى يشهد لها بالاعتبار ، إذ ذلك هو القول بالتشهى ، والتشريع بالرأى الذى يبرأ مالك إلى الله منه .

ولكن هذا الباحث قد أشار عند عرضه لهذا الرأى إلى عبارة وردت على لسان أستاذنا أبى زهرة فى كتابه أحمد بن حنبل ، وقد فهم من هذه

---

(١) نقله صاحب رسالة ضوابط المصلحة ص ١٣٢ .

العبارة أن فضيلته ممن يقولون بأن مالكا يقدم المصالح التي لا يشهد لها أصل شرعي على خبر الآحاد . وإليك عبارة فضيلة أستاذنا أبي زهرة :

يقول فضيلته عند بيان مذاهب الأئمة في الأخذ بالمصالح المرسلة :

« الطائفة الثانية تأخذ بالمصلحة المرسلة ولو لم يكن لها شاهد بالاعتبار ، ولكنهم يؤخرونها عن النصوص ، فلا يقدمون مصلحة على حديث ولو كان حديث آحاد .. وهؤلاء هم الحنابلة . الطائفة الثالثة : وهي تأخذ بالمصالح المرسلة ، وتقفها موقف المعارضة . وأولئك فريقان . . . . أكثر المالكية يأخذون بالمصالح المرسلة ، ويخصصون بها النصوص التي لا تكون قطعية في ثبوتها فيخصصون العام في القرآن أحياناً بالمصلحة ، وتقف المصلحة معارضة لبعض أخبار الآحاد ، وقد يرجح الأخذ بها ، أو يرجح الأخذ بخبر الآحاد »(١) .

وهناك عبارة أخرى وردت على لسان الشاطبي في الموافقات ربما يفهم من ظاهرها أن مالكا يرد خبر الواحد بالمصالح المرسلة . وإليك هذه العبارة .

« وأنكر مالك حديث إكفاء القدور التي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم ، تعويلا على أصل رفع الحرج الذي يعبر عنه بالمصالح المرسلة ، فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج إليه . . . ونهى عن صيام ست من شوال مع ثبوت الحديث فيه تعويلا على أصل سد الذرائع »(٢) .

هذا كل ما يمكن لهذا الباحث أن يستند إليه في دعوى تقديم مالك المصلحة المرسلة على خبر الآحاد . غير أن هذا لا يفيده شيئاً ، ولا يثبت دعواه وذلك للأسباب التي نجملها فيما يأتي :

---

(١) ابن حنبل ٣٠٥ .

(٢) الموافقات ج ٣ : ٢٢ .

أولا — العبارة التى أشار إليها الكاتب :

قلنا إن الكاتب قد أشار إلى عبارة لفضيلة الشيخ أبى زهرة وردت فى كتابه : أحمد بن حنبل . ولعل إشارة الكاتب إلى هذه العبارة تعنى أنه قد فهم أن فضيلة الشيخ أبى زهرة يشاركه هذا الرأى . والواقع أن ما فهمه هذا الكاتب غير صحيح . ذلك أن فضيلة الشيخ أبى زهرة قد تعرض لبيان مذهب المالكية فى المصلحة بشكل أوسع فى كتابه: مالك رضى الله عنه . وقد قرر فضيلته أكثر من مرة أن المصلحة التى يقدمها المالكية على خبر الواحد هى المصلحة التى ترجع إلى أصل قطعى اجتمعت عليه النصوص الشرعية حتى أفادت فيه القطع ، وليس المصلحة التى لا يشهد لها أصل شرعى بالاعتبار كما زعم ذلك الكاتب . بل إن فضيلته يؤكد أن القياس ، وهو مصلحة شهد لها نص معين ، لا يقدم على الخبر مطلقاً عند المالكية ، بل إنما يقدم إذا رجع القياس إلى أصل قطعى . وإليك عبارة فضيلته فى كتابه مالك بن أنس يقول[1] :

« لا نقر ما تشير إليه عبارة القرافى ، وهو تقديم القياس على خبر الواحد على الإطلاق . بل نرى أن القياس يقدم على خبر الواحد إذا اعتمد على قاعدة قطعية ، ولم يكن خبر الواحد معاضداً بقاعدة أخرى قطعية ، وإنما قدم القياس فى هذه الحال لأن خبر الآحاد يكون معارضاً للنصوص المستنبطة منها هذه القاعدة » .

ويقول[2] : « كان مالك يرد خبر الآحاد إذا تعارض مع قاعدة من قواعد الشرع المشهورة فى الفقه الإسلامى ، التى تكون فى حكم المقطوع به ،

---

(١) مالك بن أنس ٣٠٤ .

(٢) المرجع السابق ٣٠٦ .

كقاعدة لا حرج فى الدين ، وقاعدة سد الذرائع ، وغير ذلك من القواعد العامة الثابتة المقطوع بصدقها ، وأنه يرد خبر الآحاد إذا لم يكن يعتمد على قاعدة ، إن لم تعاضده قاعدة أخرى » .

فأنت ترى أن فضيلة الشيخ أبى زهرة لا يرى أن مالكا يقدم المصلحة التى لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الآحاد ، بل لا يقدم القياس الذى يشهد له الأصل المعين عليه إلا إذا اعتمد هذا القياس على أصل قطعى مأخوذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء ، ولم يكن هناك أصل قطعى يرجع إليه خبر الآحاد . وأن فضيلته يؤكد أنه إذا قدم القياس أو المصلحة التى ترجع إلى أصل قطعى على خبر الواحد الذى لا يشهد له أصل قطعى ، فإن المقدم فى الحقيقة هو النصوص القطعية التى شهدت لهذا الأصل ، وليس المصلحة أو القياس . وبذلك لا يبقى لهذا الكاتب متعلق فى كلام فضيلة الشيخ أبو زهرة ، وتبين أن فضيلته لا يشاركه القول بأن المالكية يقدمون المصلحة التى لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الواحد ، بل إنهم يقدمون المصلحة التى تشهد النصوص لجنسها بالقطع على خبر الواحد الذى لا يرجع إلى قاعدة قطعية ، وأن المقدم فى الحقيقة ونفس الأمر ، ليس هو المصلحة ، وإنما هو النصوص الكثيرة التى شهدت لجنس هذه المصلحة بالاعتبار .

ثانياً : أما قول الشاطبى إن مالكا أنكر حديث إكفاء القدور التى طبخت من الإبل والغنم قبل القسم ، تعويلا على أصل رفع الحرج الذى يعبر عنه بالمصالح المرسلة ، فهو لا يفيد أن مالكا يقدم المصلحة التى لا يشهد لها أصل شرعى بالاعتبار على خبر الآحاد وذلك للأسباب الآتية :

١ — لأن المصلحة المرسلة عند مالك هى المصلحة الملائمة ، وقد فسر الشاطبى الملاءمة مرة بدخول المصلحة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، ومرة أخرى برجوع المصلحة إلى أصل كلى لم يشهد له

نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشارع ، ومأخوذ معناه من أدلته ، ثم يقول إن الفرع فى الاستدلال المرسل وإن لم يشهد له أصل معين فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل المعين وقد يربى عليه .

وعلى هذا فليست المصلحة التى تقدم على خبر الواحد هى المصلحة التى لا يشهد لها الأصل الشرعى ، بل هى المصلحة التى شهدت لها أصول قطعية وإن كانت شهادة هذه الأصول لجنس المصلحة وليست لعينها .

٢ — لأن الشاطبى ذكر هذه العبارة عند الحديث على التعارض بين الدليل القطعى والدليل الظنى ، وقد تطرق من هذا إلى بيان حكم التعارض بين القواعد أو الأصول الشرعية التى أخذت من إدلة شرعية أفادت القطع فى مجموعها وبين نوع من الأدلة الظنية هو خبر آحاد . ثم بين مذاهب الأئمة فى الأخذ بخبر الواحد الوارد على خلاف الأصول القطعية ، فذكر أن الشافعى يحتج بخبر الواحد وإن خالف الأصول الكلية إذا تكاملت شروط الأخذ به عنده . ثم نقل عن مالك وأبى حنيفة أنهما يردان خبر الواحد المخالف للأصول القطعية ، وذكر ما يدل على هذا من فقه هذين الإمامين الجليلين . وحيث إن المصلحة المرسلة أصل كلى قطعى عند المالكية يرجع إلى النصوص الشرعية التى تشهد لجنس المصلحة المأخوذ بها فى الفرع ، فإن التعارض بينها وبين خبر الواحد يدخل تحت التعارض بين الأصول القطعية وخبر الواحد[1] وليس فيه على هذا رد خبر الواحد بمصلحة لا يشهد لها أصل شرعى كما ذكر هذا الباحث .

---

(١) ولذلك يقول الشاطبى رضى الله عنه : « وأما الثالث : وهو الظن المعارض لأصل قطعى ، لا يشهد له أصل قطعى فردود بلا إشكال ، ومن الدليل على ذلك أمران : أحدهما : أنه مخالف لأصول الشريعة ، ومخالف أصولها لا يصح ، لأنه ليس منها ، وما ليس من الشريعة كيف يعد منها ؟ والثانى : أنه ليس له ما يشهد بصحته ، وما هو كذلك ساقط الاعتبار ... فإذا تقرر هذا فقد فرضوا فى كتاب الأخبار مسألة مختلفاً فيها ، ترجع إلى الوفاق =

وإذا كان مالك رضى الله عنه يرد خبر الواحد المخالف للأصول القطعية ومنها المصلحة المرسلة عنده ، فإنه لم يكن مبتدعاً وإنما كان متبعاً . فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ردوا أخبار الآحاد التى رويت لهم مخالفة للأصول وضعفوا بذلك نسبتها إلى الرسول عليه السلام . ومن ذلك :

١ — رد عائشة رضى الله عنها لحديث « إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه » لأنه ورد مخالفاً لأصل كلى دل عليه قوله تعالى « ألا تزر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للإنسان إلا ما سعى » .

٢ — ردت عائشة حديث رؤية النبى صلى الله عليه وسلم لربه ليلة الإسراء لمخالفته للأصل الكلى المأخوذ من قوله تعالى « لا تدركه الأبصار » وإن كان عند غيرها غير مردود لاستناده إلى أصل آخر لا يناقض الآية ، وهو ثبوت رؤية الله تعالى فى الآخرة بأدلة قرآنية وسنية تبلغ القطع ، ولا فرق فى صحة الرؤية بين الدنيا والآخرة .

٣ — رد عائشة وابن عباس خبر أبى هريرة فى غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء ، استناداً إلى أصل مقطوع به ، وهو رفع الحرج ومالا طاقة به عن الدين . فلذلك قالا : « فكيف يصنع بالمهراس ؟[1] » .

٤ — رد عائشة خبر ابن عمر فى الشؤم ، وقولها : « إنما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحدث عن أقوال الجاهلية » ، لمعارضته الأصل القطعى : أن الأمر كله لله ، وأن شيئاً من الأشياء لا يفعل شيئاً ، ولا طيرة ولا عدوى ، وقد اختلفوا على عمر بن الخطاب حين خرج إلى الشام ،

= فى هذا المعنى ، فقالوا : خبر الواحد إذا كملت شروط صحته هل يجب عرضه على الكتاب أم لا ؟ » .

(١) المهراس هو ما يسع ماء كثيراً .

فأخبر أن الوباء قد وقع بها ، فاستشار المهاجرين والأنصار ، فاختلفوا عليه إلا مهاجرة الفتح ، فإنهم اتفقوا على رجوعه ، فقال أبو عبيدة : «أفرار من قدر الله ؟» فهذا استناد فى رأى اجتهادى إلى أصل قطعى ، قال عمر : «لو غيرك قالها يا أبا عبيدة : نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله» ، ثم مثل ذلك برعى العدوة المجدبة والعدوة المخصبة ، وأن الجميع بقدر الله ، ثم أخبر بحديث الوباء الحاوى لاعتبار الأصلين .

وإذا كان هذا هو صنيع الصحابة رضى الله عنهم ، ومالك من أشد الأئمة اتباعاً للصحابة ، فإنه قد اعتمد هذا الأصل وطبقه فى اجتهاده وذلك يظهر مما يأتى :

١ — قول مالك فى حديث غسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً : «جاء الحديث ولا أدرى ما حقيقته ؟ وكان يضعفه ويقول : « يؤكل صيده ، فكيف يكره لعابه ؟ فالحديث عنده مخالف لأصل قطعى وهو طهارة فمه ، وأن التراب لم يعتبر فى الطهارة ، وكذلك العدد .

٢ — قوله فى حديث خيار المجلس بعد أن ذكره «وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول فيه» إشارة إلى أن المجلس مجهول المدة ، ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعاً ، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطاً بالشرع ، فقد رجع إلى أصل إجماعى . وكذلك قاعدة الغرر والجهالة قاعدة قطعية ، وهى تعارض هذا الحديث .

٣ — إهمال مالك اعتبار حديث «من مات وعليه صوم صام عنه وليه» وقوله : «أرأيت لو كان على أبيك دين» ، لمنافاته للأصل القرآنى الكلى وهو قوله تعالى «ألا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان الا ماسعى» كما اعتبرته عائشة فى حديث ابن عمر .

٤ — إنكار مالك — كما ذكرنا — لحديث إكفاء القدور التى طبخت

من الإبل والغنم قبل القسم ، تعويلا على أصل رفع الحرج الذى يعبر عنه بالمصالح المرسلة ، فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج إليه . وذلك لأن المصالح المرسلة عنده من الأصول القطعية ، لأن الفرع ، وإن لم يشهد له أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى أخذ من نصوص الشريعة التى تفيد فى مجموعها القطع ، وليست المصلحة عنده هى المصلحة المجردة عن الأصل الشرعى ، كما وهم البعض ، إذ أن مثل هذه المصلحة لا تصلح حجة عند مالك فضلا عن أن يترك بها خبر الواحد .

٥ — نهى مالك عن صيام ست من شوال مع ورود الحديث : « من صام رمضان وأتبعه بست من شوال كان كصيام الدهر »[١] وذلك عملا بقاعدة سد الذرائع ، وهى قاعدة قطعية كما سيأتى ، ودليلها نصوص كثيرة تفيد القطع فى مجموعها .

وأما أبو حنيفة فالمشهور عنه أنه يرد خبر الواحد المخالف للأصول القطعية . قال ابن عبد البر : « كثير من أهل الحديث استجازوا الطعن على أبى حنيفة لرده كثيراً من أخبار الآحاد العدول ، لأنه كان يذهب فى ذلك إلى عرضها على ما اجتمع عليه من الأحاديث ومعانى القرآن ، فما شذ عن ذلك رده وسماه شاذاً . وقد رد أهل العراق مقتضى حديث المصراة وهو قول مالك ، لما رآه مخالفاً للأصول ، فإنه قد خالف أصل « الخراج بالضمان » ولأن متلف الشىء إنما يغرم مثله أو قيمته ، وأما غرم جنس آخر من الطعام أو العروض فلا . وقد قال مالك فيه إنه ليس بالموطأ ولا الثابت ، وقال به فى القول الآخر ، شهادة بأن له أصلا متفقاً عليه يصح رده إليه . بحيث لا يضاد هذه الأصول الأخر » .

ويقول الزنجانى فى تخريج الفروع على الأصول[٢] : « خبر الواحد إذا

---

(١) أخرجه مسلم والترمذى ، وأبو داود والنسائى .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ص ١٩٥ .

خالف قياس الأصول يقدم على القياس عند الشافعي رضي الله عنه . وذهبت الحنفية إلى تقديم هذا عليه ، ثم بين حجة الشافعي والحنفية ، ورد بعض الفروع التي اختلف فيها الشافعي والأحناف إلى الخلاف في هذا الأصل .

٣ — وأخيراً ، فإن مالكا لا يرد خبر الواحد المعارض للأصول القطعية مطلقاً ، بل إنه يرده إذا لم يعضده أصل قطعي آخر . قال بن العربي[١]: إذا جاء خبر الواحد معارضاً لقاعدة من قواعد الشرع هل يجوز العمل به أم لا ؟ فقال أبو حنيفة : لا يجوز العمل به ، وقال الشافعي يجوز ، وتردد مالك في المسألة . قال : ومشهور قوله والذي عليه المعول أن الحديث إن عضدته قاعدة أخرى قال به ، وإن كان وحده تركه . ثم ذكر مسألة ولوغ الكلب ، قال : لأن هذا الحديث عارض أصلين عظيمين : أحدهما : قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » والثاني : أن علة الطهارة هي الحياة وهي قائمة في الكلب . وحديث العرايا إن صدمته قاعدة الربا عضدته قاعدة المعروف ، فهذا يفيد أن مالكا رضي الله عنه لا يترك خبر الواحد المخالف للأصول القطعية إلا في حالة واحدة ، وهي ما إذا لم يعضده أصل قطعي . وعلى هذا فإن مالكا يرد خبر الواحد المخالف للمصلحة المرسلة القطعية ، إذا لم يكن راجعاً إلى قاعدة أخرى من قواعد الشرع القطعية .

٤ — وأخيراً ، فإن تقديم القواعد القطعية على خبر الواحد ليس تركا لخبر الواحد لمخالفته المصلحة المجردة في الحقيقة ولكن لعدم توافر شروط العمل به عند مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما . فإن من شروط صحة خبر الواحد عندهم ألا يعارض الأصول القاطعة التي اجتمعت عندهم من الأحاديث الأخرى ومعاني القرآن . فإذا عارض الخبر هذه الأصول ضعفت نسبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم فترك لذلك ، لا لتقديم المصلحة عليه . وفرق

---

(١) نقله الشاطبي في الموافقات ٣ : ٢٤ .

بين القول بأن الفقيه ترك دليلا شرعياً المصلحة ، وبين القول بأن هذا الفقيه ترك هذا الدليل لأنه فقد شرطاً من الشروط اللازمة فى كونه دليلا عنده .

والخلاصة أن دعوى بعض الكاتبين أن مالكا يقدم المصلحة التى لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الواحد دعوى لا يسندها دليل . إذ أن مالكا رضى الله عنه لم يقل بمصلحة لا تشهد لها الأصول فضلا عن أن يترك بهذا النوع من المصالح أخبار الآحاد ، وغاية الأمر أن مالكا رضى الله عنه يرى أن ورود خبر الآحاد على خلاف القواعد القطعية قادح فى صحة الخبر ومضعفاً نسبته إلى الرسول عليه الصلاة والسلام .

الفصل الثانى

أصل اعتبار المـآل

وفى هذا الفصل نعرض لبيان مضمون هذا الأصل ، والأدلة التى قدمها الشاطبى على اعتبار الشارع له ، والالتفات إليه فى التفريع وتشريع الأحكام ، وذلك فى مبحث أول .

وفى مبحث ثان نتكلم عن أهم طرق الاجتهاد التى ترجع إلى هذا الأصل ، وهى الاستحسان ، والذرائع ، ومنع التحيل ، وهى الطرق التى قال الشاطبى إنها ترجع إلى أصل اعتبار المـآل فى الأفعال ، محددين معانى هذه الطرق ، والأدلة على اعتبارها ، ووجه رجوعها إلى هذا الأصل ودخولها تحته .

المبحث الأول

مضمون الأصل وأدلة اعتباره

وهذا المبحث ينقسم إلى فرعين :

الفرع الأول : فى بيان مضمون هذا الأصل كما ذكره الشاطبى رضى الله عنه .

الفرع الثانى : فى إقامة الأدلة على اعتبار الشارع لهذا الأصل .

الفرع الأول

مضمون أصل اعتبار المـآل

يقول الشاطبى فى بيان مضمون هذا الأصل : « النظر فى مآلات

الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة . وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل . فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أومصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك . فإذا أطلق القول فى الأول بالمشروعيةفربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية . وكذلك إذا أطلق القول فى الثانى بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوى أوتزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق ، محمود الغب ، جار على مقاصد الشريعة »(١) .

فهذا الأصل يبنى على أن الفعل يشرع لما يترتب عليه من المصالح ، ويمنع لما يؤدى إليه من المفاسد وأن المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى التوصل إلى معرفة المصلحة التى من أجلها شرع الفعل ، أو المفسدة التى من أجلها منع ، فإنه يحكم بمشروعية هذا الفعل طالما كان محققاً للمصلحة التى قصد به تحقيقها ، فإذا كان الفعل فى بعض الحالات ، غير محصل لهذه المصلحة ، أو كان مع تحصيله لها ، مفوتاً لمصلحة أهم أو مؤدياً إلى حدوث ضرر أكبر ، منع المجتهد منه . وبالمثل يحكم المجتهد بالمنع من الفعل دفعاً لمفسدته طالما كان المنع منه لا يؤدى إلى حدوث مفسدة تساوى أو تزيد . أما إذا أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوى أو تزيد ، فإنه لا يمنع من الفعل .

وحاصل الأمر أننا لا نقف عند ظاهر الأمر فنحكم بمشروعية الفعل فى جميع الحالات وتحت كل الظروف ، حتى فى الحالات التى لا يحقق فيها

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٥ .

الفعل المصلحة التى شرع لتحقيقها . أو كان تحقيق الفعل لهذه المصلحة يترتب عليه فوات مصلحة أهم ، أو حصول ضرر أكبر ، وبالمثل فإننا لا نقف عند ظاهر النهى فنحكم بعدم مشروعية الفعل فى جميع الحالات وتحت كل الظروف حتى إذا أدى ذلك إلى حصول مفسدة أشد من المفسدة التى قصد بالمنع من الفعل درؤها . بل الواجب تحصيل أرجح المصلحتين ، ودفع أشد الضررين .

وهذا الأصل يلتقى مع أصل انخرام المناسبة بالمفسدة المساوية أو الزائدة الذى عرض له الأصوليون ، إلا أن الشاطبي رضى الله عنه أبان ما لهذا الأصل من أهمية ، ثم أقام الأدلة على أنه معتبر مقصود للشارع ، وأكثر من التمثيل له ، والتفريع عليه. وهو يعنى أن الفعل قد صار مناطاً لمصلحة ومفسدة ، وأن على المجتهد أن يوازن بين مصلحة الفعل ومفسدته ، ويجعل الحكم الراجح منهما ، وفقاً للقوانين التى راعاها الشارع فى تصرفاته ، وسار عليها فى التفريع وتشريع الأحكام . فالشارع مثلا يقدم المصلحة الضرورية على الحاجية ، والأصلية على المكملة ، والنفس على المال ، والعامة على الخاصة ، والمحققة على المتوهمة ، والحالة على المستقبلة ، وهكذا يسلك المجتهد فيما لا نص فيه نفس الطريقة التى راعاها الشارع فى الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة . وسنضرب لهذا الأصل أمثلة ثلاثة لتوضيحه ، قبل المضى فى الاستدلال له ، والتفريع عليه .

المثال الأول :

جاء النص الشرعى بالإذن فى البيع . وبذلك يقال إن البيع فعل مشروع بإطلاق النص وعموم الأدلة . وهذا البيع قد أذن الشارع فيه لمصلحة بناء على أن الشارع لا يشرع الأحكام عبثاً ، كما تقرر فى قاعدة اعتبار المصالح فى التشريع ، وهذه المصلحة أو الحكمة هى حاجة البائع إلى الثمن وحاجة

المشترى إلى السلعة . فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها قبل الأجل بخمسة نقداً ، فإن البيع فى الأصل مشروع المصلحة المذكورة ، ولكن مآل هذا البيع فى هذه الحالة يحقق مفسدة هى الإقراض بالربا ، أو كما يقول الشاطبى : « لأن المصالح التى لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شىء » .

المثال الثانى :

الهبة عقد مشروع لمصالح قصدها الشارع منه ، من هذه المصالح الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له ، والتوسيع عليه غنياً كان أو فقيراً ، وجلب مودته وألفته ، ودفع رذيلة الشح والبخل ، فإذا وهب شخص ماله فى آخر الحول هرباً من الزكاة ثم إذا كان فى حول آخر استوهبه ، فإن المصلحة التى لأجلها شرع الله الهبة ليست موجودة ، بل إن هذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ، ورفع لمصلحة إرفاق المساكين ، فالعمل فى الأصل مشروع لمصلحة ولكن له مآل بخلاف ما قصد منه . بل إن مآل هذه الهبة المنع من الزكاة ، وهو مفسدة ، أو فوات مصلحة تربى على المصلحة التى قصدت بشرع الهبة ، هذا إذا فرضنا أن هناك مثل هذه المصلحة .

المثال الثالث :

جاءت النصوص الشرعية بوجوب طلب الحلال وتحرى طرقه ، والتحرز من الشبهات ، فإذا تبين للمكلف أن النكاح يلزمه طلب قوت العيال ونفقة الزوجة مع ضيق طرق الحلال ، واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وأنه قد يلجأ إلى الدخول فى التكسب لهم بما لا يجوز ، فإن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يقتضى المنع من الزواج لما يلزمه من المفاسد المتوقعة . ولكن المنع من الزواج يؤول إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، ذلك أن أصل النكاح يحقق مصالح ضرورية هى حفظ النسل ،

فضلا عن أن التحرز من مفسدة التكسب الحرام قد يؤول إلى الوقوع في مفسدة أشد هي الزنا . فاغتفر الأول خشية الوقوع في هذا المآل .

الفرع الثاني

أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل

ولقد أقام الشاطبي الأدلة الكثيرة على اعتبار الشارع هذا الأصل . وعند التفريع عليه ، وذكر قواعد الاجتهاد وطرق الاستنباط المبنية عليه كالذرائع والاستحسان ، والحيل وغيرها ، عاد فأقام أدلة أخرى عن هذه الطرق . وإليك بعض الأدلة التي تثبت اعتبار هذا الأصل ، وتدل على أنه مقصود للشارع .

الدليل الأول :

أن التكاليف الشرعية مشروعة لمصالح العباد ، ومصالح العباد إما دنيوية ، وإما أخروية . أما الأخروية فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم . وأما الدنيوية فإن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح ، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع ، والمسببات هي مآلات الأسباب ، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب ، وهو معنى النظر في المآلات .

الدليل الثاني :

أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح ، لما تقدم من أن التكاليف شرعت لمصالح العباد . ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة

توازيها أو تزيد . وأيضاً فإن ذلك يؤدى إلى ألا نتطلب مصلحة بفعل مشروع ، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع ، وهو خلاف وضع الشريعة .

الدليل الثالث :

الأدلة الشرعية والاستقراء التام يفيد أن المآلات معتبرة فى أصل المشروعية . ومن هذه الأدلة قوله تعالى : « يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذى خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون » وقوله تعالى : « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وقوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم » وقوله تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » وقوله تعالى « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » وقوله تعالى « ولكم فى القصاص حياة » . وهذا كله يدل على أن الشارع يمنع من الفعل أو يجيزه نظراً لما يترتب عليه ويؤول إليه[١] .

بهذه الأدلة بين الشاطبي أن هذا الأصل مقصود للشارع ، فالبناء عليه، والتفريع على أساسه ، بناء على أصل قد علمت ملاءمته لتصرفات الشارع لا من دليل واحد ، ، وإنما من مجموع أدلة أفادت فى مجموعها القطع . وفوق ذلك ، ، فإننا سنرى أن الشاطبي يقيم الأدلة على كل قاعدة من القواعد التى ترجع إلى هذا الأصل .

---

(١) انظر الموافقات ج ٤ ص ١٩٥ .

المبحث الثاني

أهم تطبيقات أصل اعتبار المآل

ذكر الشاطبي تطبيقات عديدة لأصل اعتبار المآل ، فقد أرجع إليه قاعدة الاستحسان ، والذرائع ، والحيل وتقييد استعمال الحقوق بما لا يضر الغير ، وقصر نتائج البطلان على مالا يسبب فساداً أكبر أو ضرراً أشد ، وقاعدة جواز الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجية وإن اعترض طريق تحصيلها بعض المناكر . وقاعدة تحقيق المناط الخاص ، وقد رأيت أن اقتصر على القواعد الثلاث الأولى فأخصها بمزيد من البيان والتفصيل ، مكتفياً بالإشارة إلى بقية هذه التطبيقات لهذا الأصل العظيم . وذلك لأن الاستحسان ، والذرائع ، ومنع التحيل من طرق الإجتهاد الهامة وأدلة الأحكام التي اعتمد عليها الفقه المالكي .

وقد قسمت هذ المبحث إلى فروع أربعة :

الفرع الأول : خصصته لقاعدة الذرائع .

الفرع الثاني : تكلمت فيه على الاستحسان المالكي .

الفرع الثالث : عرضت فيه لقاعدة المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية .

الفرع الرابع : أشرت فيه إلى بعض تطبيقات أصل اعتبار المآل المذكور .

الفرعُ الأوّلْ

قاعدة الذرائع

وفى هذا الفرع نعرف قاعدة الذرائع فى الفقه المالكى ، وذلك فى مطلب أول . ثم نقيم الأدلة على اعتبار هذه القاعدة ، زيادة على رجوعها إلى أصل اعتبار المآل الذى قامت عليه الأدلة . وذلك فى مطلب ثان ، وقد خصصت مطلباً ثالثاً لعرض بعض تطبيقات لهذه القاعدة من الفروع المروية عن الصحابة ومن بعدهم من الأئمة ، ومن واقع الحياة التى نعيش فيها اليوم .

المطلب الأول

التعريف بقاعدة الذرائع

وفى هذا المطلب نعرض تعريفات الشاطبى والقرافى لقاعدة التذرع الممنوع أولا ، ثم نتبع ذلك بذكر خلاصة هذه التعريفات محددين القيود اللازمة فى اعتبار التذرع ممنوعاً فى نظر مالك رضى الله عنه .

أولا — تعريفات التذرع الممنوع :

١ — تعريف الشاطبى :

يعرف الشاطبى التذرع الممنوع فى المذهب المالكى ويمثل له فيقول إنه : « التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة ، فإن عقد البيع أولا على سلعة بعشرة إلى أجل ظاهر الجواز ، من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح فى الجملة . فاذا جعل مآل هذا البيع مؤدياً إلى بيع خمسة نقداً ، بعشرة إلى أجل ، بأن يشترى البائع سلعته من مشتريها بخمسة نقداً ، فقد صار مآل هذا العمل إلى

أن باع صاحب السلعة من مشتريها منه بخمسة نقداً بعشرة إلى أجل ، والسلعة لغو لامعنى لهـا فى هـذا العمل . لأن المصالح التى لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شىء ولـكن هذا بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثر فى الناس بمقتضى العادة»(١) .

٢ — تعريفات القرافى :

ويعرف القرافى المالـكى سد الذرائع فيقول . « سد الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها . فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل فى كثير من الصور »(٢) .

ويقول : « وقد تـكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للـكفار الذى هو محرم عليهم الانتفاع به ، بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا ، وكدفع مال لرجل يأكله حراماً حتى لايزنى بامرأة ، إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك. وكدفع المال المحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك . فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال . ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة »(٣) .

ويقول : « اعلم أن الذريعة كما يجب سـدها يجب فتحهـا ، وتـكره ، وتندب ، وتباح ، فإن الذريعة هى الوسيلة ، فـكما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة ، كالسعى للجمعة والحج .... وموارد الأحكام على قسمين : مقاصد ، وهى المتضمنة للمصالح والمفاسد فى أنفسها ، ووسائل ، وهى الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٨ .

(٢) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ .

(٣) الفروق جـ ٢ ص ٣٣ .

غير أنها أخفض رتبة من المقاصد فى حكمها ، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وما يتوسط متوسطة»[١].

ثانيا — خلاصة هذه التعريفات وقيود التذرع الممنوع :

والخلاصة التى يمكن للباحث أن يصل إليها من هذه التعريفات هى :

١ — أن قاعدة التذرع ذات شقين : أحدهما : يعنى أن وسيلة المطلوب وجوباً أو ندباً أو إباحة ، مطلوبة بقدر ذلك الطلب ، وهو ما يعبر عنه بفتح الذرائع . وثانيهما : أن وسيلة المحرم محرمة ، وما يؤدى إلى المفسدة يمنع ، وهذا الشق هو ما يعبر عنه بسد الذرائع . وهو الذى يعنينا هنا . أما الشق الأول فيدخل تحت قاعدة مقدمة الواجب التى وقع الخلاف فيها بين الأصوليين .

٢ — أن قاعدة الذرائع تعمل فى شقها الأخير إذا كان الفعل الجائز لما فيه من المصلحة ، يؤدى غالباً إلى مفسدة تساوى مصلحة هـذا الفعل أو تزيد .

وإليك شرح هذه القيود أو الشروط الثلاثة .

٣ — قيود أو شروط إعمال القاعدة :

يمكن إجمال هذه الشروط فيما يأتى :

١ — أن يؤدى الفعل المأذون فيه إلى مفسدة .

٢ — أن تـكون تلك المفسدة راجحة على مصلحة الفعل المأذون فيه .

٣ — أن يـكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيراً .

---

(١) المرجع السابق ٢ : ٣٣.

١ — الشرط الأول : الفعل المأذون فيه ذريعة إلى مفسدة .

الفعل المأذون فيه فعل يتضمن مصلحة ، ومن ثم فلا يجوز المنع من هذا الفعل طالما أن هذا الفعل يحقق تلك المصلحة ، ولا يؤدى إلى مفسدة تجب هذه المصلحة ، أما إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى المفسدة ، فإن الشارع يمنع منه ، وذلك لتعارض مصلحة الفعل مع المفسدة التى يؤول إليها ، وإذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة ، عملا بقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . وفى هذا يقول الشاطبى : « ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد »(١) .

وهذا الشرط يظهر من تعريف التذرع الممنوع بأنه « التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة » ، أو التذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز « أو المنع من الجائز لئلا يتوصل به إلى الممنوع »(٢) .

٢ — الشرط الثانى : أن تكون المفسدة المتذرع إليها بالفعل المشروع مساوية أو راجحة على مصلحة ذلك الفعل .

إذا كان الفعل المشروع يحصل مصلحة ولكنه ذريعة إلى ما فيه مفسدة فإن هذا الفعل يمنع ، وتلك الذريعة تسد إذا كانت المفسدة التى يتذرع بالفعل المشروع إليها موازية لمصلحة الفعل أو تزيد ، أما إذا أربت مصلحة الفعل المشروع على مفسدته فإن الفعل لا يمنع والذريعة لا تسد . وفى هذا يقول القرافى فى فروقه:(٣) «قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة ، كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذى هو محرم

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٦ .

(٢) الموافقات جـ ٣ ص ٢٥٧ جـ ٤ ، ص ١٩٨ ، ص ١٩٩ .

(٣) الفروق جـ ٢ ص ٣٣ .

عليهم الانتفاع به ، بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا ، وكدفع مال لرجل يأكله حراماً حتى لا يزنى بامرأة ، إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك ، وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك رحمه الله تعالى ، ولكنه اشترط أن يكون يسيراً . فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة » .

ويضرب الشاطبي بعض الأمثلة لفعل هو ذريعة إلى مفسدة ، ولكنه لا يمنع لرجحان مصلحته فيقول : «ولكنه — جواز الفعل لرجحان مصلحته على المفسدة — صحيح إذا نزل منزلته . وهو أن يكون من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ، كالمنع من تلقى الركبان ، فإن منعه فى الأصل ممنوع ، إذ هو من باب منع الارتفاق ، وأصله ضرورى أو حاجى لأجل أهل السوق . ومنع بيع الحاضر للبادى ، لأنه فى الأصل منع من النصيحة إلا أنه إرفاق لأهل الحضر ، وتضمين الصناع قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة ، فإن جهة التعاون هنا أقوى . وقد أشار الصحابة على الصديق إذ قدموه خليفة ، بترك التجارة والقيام بالتحرف على العيال ، لأجل ما هو أهم فى التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، وعوضه من ذلك فى بيت المال . وهذا النوع صحيح كما تفسر والله أعلم » .

ويقول الشاطبي[1] : « ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك ، وإعطاء المال للمحاربين ، وللكفار فى فداء الأسرى ، ولما نعى الحاج حتى يؤدوا خراجاً ، كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من المعصية . ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٢ .

على الكفر ، أو قتل الكافر المسلم ، بل قال عليه السلام : «وددت أن أقتل في سبيل الله ثم أحيا ثم أقتل الحديث» ، ولازم ذلك دخول قاتله النار ... بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو درء مفسدة يلزم عنها إضرار بالغير ، إلا أن ذلك كله إلغاء لجانب المفسدة ، لأنها غير مقصودة للشارع في شرع هذه الأحكام ، ولأن جانب الجالب والدافع أولى » .

فالذي يؤخذ من هذه النصوص التي وردت على لسان كتاب المالكية أن الفعل الذي يتضمن تحصيل مصلحة أو دفع مفسدة لا يمنع وإن كان ذريعة إلى تفويت مصلحة أو تحصيل مفسدة من جهة أخرى ، طالما أن المصلحة التي يحصلها الفعل أو المفسدة التي تندفع به راجحة على المفسدة التي تنشأ عنه أو المصلحة التي تفوت به . فدفع المال للمحاربين فعل الأصل فيه المنع لأن فيه مفسدة تقوية المشركين وعونهم على حربنا ، ولكنه ذريعة إلى مصلحة راجحة على تلك المفسدة ، تلك المصلحة هي إنقاذ الأسرى المسلمين من الاسترقاق والقتل والفتنة في الدين . ودفع مال لمن يريد أن يفسق بمسلمة فعل الأصل فيه عدم المشروعية لأنه تمكين له من أخذ مال ظلماً ، ولكنه ذريعة إلى تحصيل مصلحة أهم ، تلك المصلحة هي حفظ عرض المسلمة ومنع مفاسد الزنا . ودفع مال لمن يقف في طريق الحجاج ويمنعهم من أداء الفريضة فعل غير مشروع لأنه إعانة لهؤلاء على أكل مال الناس بالباطل ، ولكنه لما كان ذريعة إلى تحصيل مصلحة أداء الفريضة أجازه مالك .

ومنع التجار من تحصيل أرزاقهم وكسب عيشهم والسعي على أولادهم ، بتلقي الركبان والشراء منهم ، وتحقيق بعض الأرباح ، عمل الأصل فيه أنه غير مشروع ، لأنه منع من أمر ضروري أو حاجي ، ولكن لما كان المنع من التلقي ذريعة إلى مصلحة راجحة ، وهي مصلحة أهل السوق ، وهي مصلحة عامة أجازه الشارع فقال : « لا تلقوا الركبان » ، فالمنع من التلقي مفسدة

لأنه منع من مصالح ضرورية أو حاجية المتلاق ، ولكنه ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة أهل السوق ، فأجيز المنع من التلاق ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

وتضمين الصناع دون أن يثبت رب السلعة التعدى أو التقصير من جانب الصانع فعل غير مشروع ، لما فيه من تضمين البرىء أحياناً ، وتضمين غير المتعدى مفسدة وظلم وإتلاف لجزء من ماله ، ولكن لما كان هذا التضمين ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة عامة أرباب السلع — وذلك بالمحافظة على أموالهم ، ورفع الحرج الشديد اللازم من ترك الاستصناع بالكلية لو قيل بعدم التضمين إلا بالبينة — لما كان ذريعة إلى هذه المصلحة أجازه المالكية ووافقهم على ذلك البعض .

ومنع أبي بكر الصديق رضى الله عنه من التحرف والسعى على الأولاد منع من مصلحة ضرورية أو حاجية ، وهو غير مشروع ، لكن لما كان هذا المنع ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة عامة المسلمين ، وذلك للنظر فى مصالحهم ، أقدم الصحابة على منع أبي بكر من ذلك التحرف والتكسب وكفايته فى بيت مال المسلمين ووافقهم الصديق على ذلك .

ففى كل هذه الأمثلة نجد أن فعلا ما غير مشروع ولا مأذون فيه بالأصل وذلك لما يتضمنه من تحصيل مفسدة أو تفويت مصلحة ، ولكن هذا الفعل له مآل آخر ، بحيث يؤدى المنع منه فى بعض الحالات إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أو فساد أكبر ، وعند ذلك يصير الفعل مأذوناً فيه تحصيلا للمصلحة الأهم ، ودفعاً للضرر الأكبر .

٣ — الشرط الثالث : أن يكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيراً .

يصرح كتاب المالكية بأن قاعدة الذرائع لا تعنى أن كل ذريعة إلى ممنوع تمنع ، بل إن فى المسألة بعض التفصيل :

فالقرافى يقسم الذرائع إلى أقسام ثلاثة : قسم أجمعت الأمة على سده، وقسم أجمعت الأمة على عدم سده ، وقسم مختلف فيه بين الأئمة ، فمالك يسده وغيره من الأئمة ، يبقيه على الأصل من المشروعية فيقول[1] :

« وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية ، بل الذرائع على ثلاثة أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار فى طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها ، وكذلك إلقاء السم فى أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها ، وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة فى البيوت خشية الزنا . وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟ كبيوع الآجال عندنا ، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر ، فمالك يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر ، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك ، والشافعى يقول : ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك . وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة ، اختص بها مالك ، وخالفه فيها الشافعى . وكذلك اختلف فى النظر إلى النساء هل يحرم لأنه يؤدى إلى الزنى أولا يحرم ، والحكم بالعلم هل يحرم لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة السوء أولا يحرم ، وكذلك اختلف فى تضمين الصناع ، لأنهم يؤثرون فى السلع بصنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سداً لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ، لأنهم أجراء وأصل الأجارة على الأمانة ؟ قولان ، وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه . وهو كثير فى المسائل ، فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعى ، فليس سد الذرائع خاصاً بمالك رحمه الله ، بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدها مجمع عليه » .

---

(١) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ .

فالذى أجمعت الأمة على سده من الذرائع هو ما كان أداؤه إلى المفسدة قطعاً أو ظناً راجحاً ، وذلك بحسب مجارى العادات بين الناس ، فحفر البئر فى الطريق المسلوك يؤدى قطعاً بحسب العادة إلى هلاك النفس أو إتلاف العضو ، وذلك بسقوط بعض المارة فيه . وإذا كان حفر البئر فى جانب الطريق فإنه يؤدى إلى هذه المفسدة ظناً راجحاً وإن لم يصل إلى القطع . ووضع السم فى طعام الناس ذريعة إلى الإضرار بهم قطعاً أو ظناً غالباً ، وكذلك سب آلهة المشركين عند من يعلم أو يظن من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها .

والقسم الذى أجمعت الأمة على عدم سده ، هو ما كان أداء الذريعة فيه إلى النتيجة الممنوعة ، أو السبب إلى المسبب الممنوع ، نادراً . ففى زراعة العنب نجد أن الفعل مأذون فيه لما فيه من المصالح ، ولكنه قد يؤدى نادراً إلى مفسدة اتخاذ هذا العنب خمراً ، ولكن لندرة أداء الوسيلة المأذون فيها إلى النتيجة أو الغاية الممنوعة لم يمنع من هذه الوسيلة ، ولم تسد تلك الذريعة . إذ لا تترك المصالح المحققة لمفسدة نادرة متوقعة ، فالقول بذلك يؤدى إلى منع الحلال بالكلية ، لأنه ما من أمر جائز إلا ويحتمل أن يؤدى إلى مفسدة ، لكن رحمة الشارع بعباده اقتضت ألا تترك المصالح المحققة لمفاسد متوهمة نادرة الحصول .

وكذلك التجاور فى البيوت أمر مأذون فيه لما فيه من تحصيل المصالح ، وهى مصالح حاجية أوضرورية ، ولكنه قد يؤدى نادراً إلى مفسدة الزنا ، فلم يمنع التجاور لهذه المفسدة المتوهمة النادرة ، لأن ذلك يؤدى إلى إهمال المصالح المحققة تشوفاً إلى منع مفسدة متخيلة نادرة لا تحصل إلا فى النادر من الأحوال . فرجحان المصلحة على المفسدة هنا من ناحية أن المصلحة محققة والمفسدة محتملة ، والمصلحة حاضرة ، والمفسدة مستقبلة ، بخلاف ماسبق أن ذكرناه فى الشرط الثانى ، فإن رجحان المصلحة على المفسدة كان من

ناحية ذات المصلحة والمفسدة ، فمصلحة تخليص الأسير المسلم وإنقاذه من الرق أرجح فى ذاتها من مفسدة دفع مال للعدو يتقوى به علينا ، على أنه لو كان المال المطلوب كبيراً ، والظروف تشير إلى أن العدو لو أخذ هذا المال لتقوى به على حربنا وأسر المزيد منا ، لترجحت مفسدة الدفع على مصلحة تخليص الأسير ، تقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة . فهى مسألة خاضعة لنظر المجتهد الثقة العالم الأمين .

وأما القسم الذى وقع فيه الخلاف بين مالك وغيره . فهو ما كان أداء الوسيلة المباحة فيه إلى النتيجة الممنوعة كثيراً . فالفعل الجائز لا يؤدى إلى المفسدة قطعاً ولا ظناً راجحاً كما فى الذرائع المجمع عليها ، وليست العلاقة بين الذريعة والمقصد هى الندرة كما فى القسم الثانى ، وإنما هى الكثرة الواقعة بين الغالب والنادر .

والقرافى وإن لم يصرح بذلك ، مكتفياً بتقسيم الذرائع إلى أقسام ثلاثة حاكياً الاتفاق على قسمين منها : أحدهما على السد ، والآخر على عدم السد ، جاعلا محل النزاع قسما واحداً منها ، إلا أن الأمثلة التى ذكرها تشير إلى ذلك ، فأمثلة القسم المجمع على سده تدل على أن السبب فيها يؤدى إلى النتيجة قطعاً أو ظناً راجحاً ، وأمثلة القسم المجمع على عدم سده تدل على أن السبب يؤدى إلى المسبب نادراً لا قطعاً ولا غالباً ، ثم ذكر أمثلة القسم المختلف فيه ، وفيه نجد أن الذريعة تؤدى إلى المقصد كثيراً ، لا غالباً ولا نادراً . بل إنه صرح بأن الذرائع المجمع على سدها هى ما كانت الذريعة مؤدية إلى المقصد قطعاً أو ظناً فى موضع آخر من فروقه فقال[1] :

« اعلم أن الذريعة هى الوسيلة للشىء ، وهى ثلاثة أقسام : منها ما أجمع الناس على سده ، ومنها ما أجمعوا على عدم سده ، ومنها ما اختلفوا فيه ، فالمجمع على عدم سده كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر والتجاور فى البيوت خشية الزنا ، فلم يمنع شىء من ذلك ولو كان وسيلة للمحرم ، وما أجمع

(١) الفروق جـ ٤ ص ٢٦٦ .

على سده كالمنع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ ، وكحفر الآبار فى طرق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن ، وإلقاء السم فى أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيهلكون ، والمختلف فيه كالنظر إلى المرأة الأجنبية لأنه ذريعة إلى الزنا بها ، وكذلك الحديث معها ، ومنها البيوع بالآجال عند مالك رحمه الله » .

ففى هذا النص يصرح القرافى بأن الذرائع التى أجمع الفقهاء على سدها هى الذرائع المؤدية الى المفسدة بطريق العلم أو الظن ، ويفهم من هذا أن الذرائع المختلف فيها ليس أداء الذريعة فيها إلى المفسدة بطريق العلم أو الظن، كما أنه بالمقارنة بين الأمثلة التى ذكرها للذرائع المختلف فيها ، والذرائع المجمع على عدم سدها يظهر أن هناك فرقاً بينها ، هذا الفرق هو أن أداء الوسيلة إلى الغاية فى الأخيرة من باب الاحتمال النادر ، وأما فى الأول فهو يرتفع درجة عن هذا ، وإن كان لا يصل إلى القطع أو الغالب المظنون .

وسنرى أنه ليس المقصود بالظن والعلم ظن المتذرع بالفعل المباح الى الممنوع نفسه ، بل إن المقصود مايعده الشخص العادى علماً أو ظناً . فإذا ثبت أن المكلف الذى حفر البئر لا يعلم ولا يظن أن هذا العمل يؤدى إلى وقوع أحد فيه ، وكان هذا العمل فى نظر الشخص العادى مؤدياً إلى ذلك ، فإن هذا العمل يعد غير مأذون فيه ، ويسأل الحافر عن كل الآثار المترتبة على فعله من ضمان الأنفس والأموال ، وأما مسألة العلم الشخصى فموكولة إلى الله الذى يعلم السرائر ويحاسب الإنسان على قصده .

فالمعيار فى الذرائع معيار موضوعى لا شخصى ، ينظر فيه إلى الواقع ونفس الأمر ومآل الفعل فى نظر العقلاء وفقاً للعادات الجارية ، ولا دخل فيه لنية الفاعل وقصده وعلمه وظنه ، لأنه تعاطى السبب الذى من شأنه أن يوصل إلى النتيجة ، وما مثله إلا كمثل من يصوب رصاصة إلى صدر رجل ولا يعلم

ولا يظن أن الرصاصة تقتله ، فهو يسأل عن فعله ما دام السلاح من شأنه القتل ، ، وضربه فى موضع من شأنه أن يقتل ، ولا عبرة بما ظنه أو اعتقده شخصياً .

وفى هذا يقول الشاطبى فى الموافقات[١] :

« إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المتسبب أولا ، لأنه لما جعل مسبباً عنه فى مجرى العادات عد كأنه فاعل له مباشرة ، ويشهد لهذا قاعدة مجارى العادات . إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها كنسبة الشبع إلى الطعام والإحراق إلى النار . . وسائر المسببات إلى أسبابها . فكذلك الأفعال التى تتسبب عن كسبنا ، منسوبة إلينا ، وإن لم تكن من كسبنا ، وإذا كان هذا معهوداً معلوماً ، جرى عرف الشرع فى الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزن ... فإذا كان كذلك ، فالداخل فى السبب إنما يدخل فيه مقتضياً لمسببه ... وذلك أن ما أمر الله به فإنما أمر به لمصلحة يقتضيها فعله ، وما نهى عنه فإنما نهى عنه لمفسدة يقتضيها فعله .. فإذا فعل فقد دخل على شرط أنه يتسبب فيما تحت السبب من المصالح أو المفاسد. ولا يخرجه عن ذلك عدم علمه بالمصلحة أو المفسدة أو بمقاديرهما . فالفاعل ملتزم بجميع ما ينتجه ذلك السبب من المصالح أو المفاسد وإن جهل تفاصيل ذلك » .

ويقول[٢]: « الدخول فى الأسباب لا يخلو : إما أن يكون منهياً عنه أو لا ، فإن كان منهياً عنه فلا إشكال فى طلب رفع التسبب سواء علينا أكان المتسبب قاصداً لوقوع المسبب أم لا ، فإنه يتأتى منه الأمران . فقد يقصد بالقتل العدوان إزهاق الروح فيقع ، وقد يقصد بالغصب انتفاعه

---

(١) الموافقات جـ ١ ص ٢١١ .

(٢) الموافقات جـ ١ ص ٢٠٥ .

بالمغصوب فيقع على مقتضى العادة لا على مقتضى الشرع . وقد لا يقع ألبتة، وقد يعزب عن نظره القصد إلى المسبب ، والالتفات إليه » .

ويقول[١]: « إن متعاطى السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ، ثم قصد الا يقع مسببه فقد قصد محالا ، وتكلف رفع ماليس له رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه. وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها ، فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض قصد الشارع باطل فهذا القصد باطل » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن السبب إذا كان سبباً لمفسدة فى العادة ونفس الأمر فإن فاعل هذا السبب يسأل عن المفاسد المترتبة على هذا السبب ولو لم يعلم أو يظن أن هذه المفاسد نتيجة طبيعية للسبب الذى أتى به .

فواضع السم فى الطعام المعد للأكل ، وحافر البئر خلف باب الدار فى ظلمة ، يتحمل جميع النتائج المترتبة فى العادة على فعله ، سواء علم بهذه المفاسد أم لم يعلم بها ، قصدها أم لم يقصدها مادام هذا الفعل يعد ذريعة إلى تلك المفاسد دائماً أو غالباً فى مجريات العادات . وبعبارة أخرى ، هذا الفعل يعد قرينة على علم الحافر وواضع السم ، وهى قرينة لا تقبل إثبات العكس ، إذ العلم والظن الشخصى أمر باطن لا يمكن الاطلاع عليه ، وإنما الفعل نفسه ، ينبىء على هذ العلم أو الظن ، ما دام كل شخص عادى يعلم أن الفعل ذريعة إلى مثل هذه المفسدة .

بل إن الشاطبي يصرح بذلك فيقول[٢] : « ولكن هذا — يعنى سد ذريعة بيع العينة — بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثر فى الناس بمقتضى

---

(١) المرجع السابق ج ١ ص ٢١٤ .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ١٩٩ .

العادة، ولذلك يقول المالكية : إن السلف الذى يؤدى إلى منفعة المسلف ممنوع ولو لم يقصد منفعة المسلف ، لأنه كثيراً ما يقصد من الناس عادة ، فالمظنة كافية فى ذلك . وعبارة المالكية « يمنع ما أدى لممنوع يكثر قصده للمتبايعين ولو لم يقصد بالفعل» . فالكثرة عندهم هى الضابط والمظنة ،وليس للقصد الحقيق لكل متعاقد على حدة دخل فإن هذا القصد خفى لا ينضبط ولا يمكن الاطلاع عليه .

تقسيم الشاطبي :

وقد قسم الشاطبي الفعل المأذون فيه لمافيه من مصلحة للفاعل بالنسبة إلى ما يسببه من أضرار ومفاسد لغير الفاعل أقساماً أربعة(١) :

القسم الأول : فعل مأذون فيه يؤدى إلى المفسدة قطعاً ، ويعنى بذلك القطع العادى ، كحفر البئر خلف باب الدار فى الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلابد ، وشبه ذلك .

القسم الثانى : فعل مأذون فيه يكون أداؤه إلى المفسدة والإضرار نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدى غالباً إلى وقوع أحد فيه ، وأكل الأغذية التى غالبها ألا تضر أحداً ، وما أشبه ذلك .

القسم الثالث : فعل مأذون فيه لما فيه من مصلحة ، ولكنه يؤدى إلى المفسدة غالباً كبيع السلاح من أهل الحرب ، والعنب من الخمار ، ومايغش به ممن شأنه الغش ، ونحو ذلك .

القسم الرابع : فعل مأذون فيه لما فيه من مصلحة ولكنه يؤدى إلى المفسدة كثيراً لا نادراً ولا غالباً . كمسائل بيوع الآجال .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٧ .

ثم ذكر حكم كل قسم من هذه الأقسام . ونحن نذكر ذلك فنقول :

القسم الأول: ذريعة أو فعل أداؤه إلى المفسدة قطعى ، ويقول إن فاعل هذه الذريعة لا بد فيه من أحد أمرين : إما تقصير فى النظر المأمور به وذلك ممنوع ، وإما قصد إلى نفس الأضرار وهو ممنوع أيضاً ، فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل وإذا فعله عد متعدياً بفعله ، ويضمن ضمان المتعدى على الجملة ، وينظر فى الضمان بحسب النفوس والأموال على مايليق بكل نازلة ، ولا يعد قاصداً ألبتة ، إذ لم يتحقق قصده للتعدى .

القسم الثانى : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً : ويرى الشاطبى أن الفعل على أصله من الإذن ، لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور فى انخرامها ، إذ لا توجد فى العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة ، إلا أن الشارع إنما اعتبر فى مجارى الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات فى الوجود . ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو رفع المفسدة — مع معرفته بندور المفسدة عن ذلك — تقصيراً فى النظر ولا قصداً إلى وقوع الضرر . فالعمل إذن باق على أصل المشروعية . والدليل على ذلك : أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها ، كالقضاء بالشهادة فى الدماء والأموال والفروج ، مع إمكان الكذب والوهم والغلط ، وإباحة القصر فى المسافة المحددة مع إمكان عدم المشقة كالملك المترف ، ومنعه فى الحضر بالنسبة إلى ذوى الصنائع الشاقة ، وكذلك إعمال خبر الواحد ، والأقيسة الجزئية فى التكاليف مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالبة .

القسم الثالث : ما يكون أداؤه إلى المفسدة غالباً : ويرى الشاطبى أن هذا القسم يحتمل الخلاف . فيقول: « أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظناً فهل يجرى الظن مجرى العلم فيمنع من

الوجهين المذكورين - أى فى القسم الأول - أم لا لجواز تخلفهما ، وإن كان التخلف نادراً ؟ ولكن اعتبار الظن هو الأرجح . . لأن الظن فى أبواب العمليات يجرى مجرى العلم فالظاهر جريانه هنا . . ولأن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل فى هذا القسم ، ولأنه داخل فى التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنه .

ثم يقول : «والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه ، فالأصل الجواز من الجلب والدفع ، إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل ، فإن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه . فإن حمل محمل التعدى فمن جهة أنه مظنة للتقصير . . . فلذلك وقع الخلاف فيه هل تقوم مظنة الشىء مقام نفس القصد إلى ذلك الشىء أم لا » .

القسم الرابع : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس ، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب الشافعى وغيره ، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه ، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة ، وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً كما فى العلم والظن ، لأنه ليس حمله على القصد إليهما أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما . وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جداً ، إلا أن مالكا اعتبره فى سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً ، وذلك أن القصد لا ينضبط فى نفسه ، لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع فى الوجود أو هو مظنة ذلك . فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد .

وأيضاً فقد يشرع الحكم العلة مع كون فواتها كثيراً ، كحد الخمر ، فإنه مشروع للزجر ، والازدجار به كثير لاغالب ، فاعتبرنا الكثرة فى الحكم بما هو على خلاف الأصل ، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه ، كما أن الأصل فى مسألتنا الإذن ، فخرج عن الأصل هناك لحكمة الزجر وخرج عن الأصل هنا فى الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع .

وخلاصة هذه الأقسام أن الذريعة إلى المفسدة تمنع إذا كان أداؤها إلى المفسدة مقطوعاً به أو غالباً أو كثيراً ، لا نادراً .

هل يشترط القصد إلى المفسدة لسد الذريعة؟ :

إن قاعدة الذرائع تمثل الجانب المادى أو الموضوعى فى نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ، ومعنى هذا أن الفعل المأذون فيه يمنع إذا كان له مآل ممنوع قصد الفاعل ذلك المآل أو لم يقصده . فالمعول عليه فى سد الذرائع ليس هو النية أو القصد إلى المفسدة الممنوعة ، ولكن ما يترتب على الفعل من المفاسد فى مجرى العادة ، أو ما يقصد به فى العرف ، وإن لم يثبت قصد خاص للفاعل . بل وإن ثبت القصد الحسن والنية الخالصة . فالذى يسب الأصنام يحتسب ذلك عند الله ، ويفعله حمية وغيرة وإخلاصاً لله ، ولكن هذا لا يجعل السب جائزاً ما دام ذلك السب يؤدى فى العادة إلى أن يسب المشركون الله عز وجل .

ومتلقى السلع قبل هبوطها إلى الأسواق يقوم بعمل يعد فى الأصل مصلحة ومنفعة ، لأنه بيع وشراء لتحصيل مصالح الإنسان والسعى على عياله ، وقد لا يقصد بذلك التلقى إلا تحصيل هذه المصالح وكسب القوت ، وليس هناك نية الإضرار بأهل السوق أو احتكار الطعام أو إغلاء الأسعار عليهم . ومع ذلك فإن هذا التلقى يمنع ، لأنه ذريعة إلى التضييق على العامة وحبس الطعام عنهم واستغلال حاجتهم عادة .

والمالكية يمنعون من بيوع الآجال التى يكثر قصد الناس التذرع بها إلى الربا المحرم ، وإن لم يثبت قصد العاقدين بها ذلك ، بل حتى إذا ثبت أنهما ما قصدا إلا البيع والشراء ، فقد يبيع الإنسان سلعة لحاجته إلى الثمن وقد يقبل العاقد الآخر شراءها لرغبته فى تلك السلعة ، فيبيعها الأول للثانى بعشرة إلى أجل ، ثم يحدث أن يرغب البائع فى سلعته التى باعها فيشتريها ممن باعها منه قبل الأجل بخمسة نقداً ، ولا يقصد واحد منهما التذرع إلى إقراض خمسة بعشرة إلى أجل ، ومع ذلك فإن هذا البيع يبطل عند المالكية لأن الناس قد كثر فيهم القصد إلى الربا به .

والحدود لا تقام فى دار الحرب ، وان كانت إقامتها فى الأصل مأذوناً فيها ، لما فى الإقامة من مصلحة الزجر عن أسبابها ، وذلك لأن اقامة الحدود فى دار الحرب أو فى الغزو أو فى السفر ذريعة إلى بعض المفاسد التى ترجح على مصلحة إقامتها فى دار الحرب ، وذلك لأن المحدود قد يرتد ويلحق بالعدو أو يعلم العدو بذلك فيضعف المسلمون فى نظره ، وليس فى المسألة قصد ولا نية إلى المآل الممنوع والنتيجة المحرمة .

وتضمين الصناع يخرجه القرافى على قاعدة الذرائع ، فيقول: إن الصناع لا يضمنون لأن الأصل فيهم الأمانة ، ولكن لما كان عدم التضمين ذريعة إلى أن يتعدوا ويدعوا التلف والهلاك ، وهذه مفسدة وضياع لأموال أرباب السلع ، أو منع لهم من الاستصناع بالكلية قضى الصحابة وبعض الفقهاء بالتضمين ، وذلك نظراً إلى المآل الممنوع للفعل بصرف النظر عن النيات والمقاصد إذ ليس فى المسألة قصد ولا نية .

وفى التعبير عن الجانب المادى أو الموضوعى من قاعدة الذرائع يقول الشاطبى بعد ذكر هذه القاعدة والتمثيل لها بصورة بيع السلعة بعشرة إلى أجل ثم شرائها من مشتريها بخمسة قبل هذا الأجل : « ولكن هذا بشرط

أن يظهر لذلك قصد ويكثر فى الناس بمقتضى العادة »[1] .

فالشرط أن يظهر القصد ويكثر فى الناس عادة ، وإن لم يقصد العاقدان التذرع بهذا العقد إلى بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل . لأن هذه الصورة من البيع قد كثر فى الناس التعامل بها وقصد التذرع بها إلى المحرم ، فتمنع سداً لهذه الذريعة دون نظر إلى حقيقة قصد العاقدين .

ويقول أستاذنا الشيخ أبو زهرة فى هذا[2] : « والنظر فى هذه المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته بل إلى نتيجة العمل وثمرته ، وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب فى الآخرة ، وبحسب النتيجة والثمرة يحسن الفعل أو يقبح ، ويطلب أو يمنع لأن الدنيا قامت على مصالح العباد ، وعلى القسطاس والعدل ، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة دون النية المحتسبة ، والقصد الحسن . . . ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدى إلى الإثم أو إلى الفساد لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً فيمنع لنتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة . وقد يقصد الشخص الشر بفعل المباح ، فيكون آثماً بينه وبين الله ، ولكن ليس لأحد عليه سبيل ، ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعى ، كمن يرخص فى سلعته ، ليضر بذلك تاجراً ينافسه ، فإن هذا بلا شك عمل مباح ، وهو ذريعة إلى إثم ، وهو الإضرار بغيره ، وقد قصده ، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ، ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذى ينفذه القضاء ، فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر ، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص ، فإن البائع بلا شك ينتفع ببيعه ، من رواج تجارته ومن حسن الإقبال عليه ، وينتفع العامة من ذلك الرخص وقد يدفع إلى تنزيل الأسعار . فمبدأ سد

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٩ .

(٢) مالك بن أنس ص ٣٧٥ .

الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأيت ، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام ، أو إلى دفع الفساد العام فهو ينظر إلى النتيجة مع القصد أو إلى النتيجة وحدها » .

ومثل ذلك يفعل ابن القيم عند تقسيمه للذرائع فيقول[1] : « الفعل أو القول المفضى إلى المفسدة قسمان ... والثانى أن تكون موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز ، أو مستحب فيتخذ وسيلة إلى المحرم إما بقصده أو بغير قصد منه : فالأول كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو البيع ، قاصداً به الربا ، والثانى كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم » .

المطلب الثانى

أدلة اعتبار الشارع لقاعدة الذرائع

قلنا إن قاعدة الذرائع ترجع إلى أصل اعتبار المآل الذى قامت الأدلة الشرعية على اعتباره ، وكان رجوع هذه القاعدة إلى هذا الأصل كافياً فى اعتبارها والتفريع على أساسها ، غير أن الشاطبى أقام الأدلة على اعتبار الشارع لهذه القاعدة بخصوصها . وقرر أن هذه القاعدة قد أخذت من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع ، وأن الشارع يمنع من الفعل الجائز إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى مفسدة تساوى مصلحته أو تزيد . ثم قرر أن هذا المعنى الذى أخذ بالاستقراء من مواقع الشريعة يقوم مقام العموم المستفاد من الصيغة ، فيطبق على كل الوقائع غير المنصوص عليها دون حاجة إلى دليل خاص ، من قياس أوغيره . ثم أورد اعتراضاً للقرافى على هذه الطريقة ، ورد عليه ، مؤكداً أن العام الاستقرائى يقوم مقام العموم

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٠ .

المستفاد من الصيغة . وإليك بعض النصوص التى أخذها الشاطبى فى استقراء قاعدة سد الذرائع أولا ، ثم إشكال القرافى والرد عليه ثانياً .

أولا — النصوص الدالة على سد الذرائع :

قال الشاطبى إن استقراء نصوص الشريعة يعطى أن الشارع يمنع من الفعل الجائز إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى مفسدة تساوى مصلحة هذا الفعل أو تزيد ، وذكر كثيراً من هذه النصوص وإليك بعضها :

١ — قول النبى صلى الله عليه وسلم حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه « أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » فهنا نجد أن موجب القتل موجود ، وهو الكفر بعد الإيمان ، والسعى فى إفساد المسلمين كافة بما كان يبثه المنافقون من الدسائس بين المسلمين ، فكان قتلهم فعلا مشروعاً لما فيه من دفع مفسدة كفرهم ، وبثهم الدسائس بين المسلمين ، ولكن هذا الفعل المشروع ذريعة الى هذه التهمة وهى أن محمداً يقتل أصحابه ، وهى مفسدة تزيد على مصلحة القتل بكثير .

٢ — قول الرسول عليه السلام لعائشة رضى الله عنها : « لولا قومك حديث عهدهم بكفر لأسست البيت على قواعد إبراهيم » .

فتأسيس البيت على قواعد إبراهيم إذن فعل الأصل فيه الإذن لما فيه من مصلحة رد البيت إلى قواعده التى أمر الله أن يبنى عليها ، ولكن هذا الفعل ربما كان ذريعة إلى مفسدة فى أكبر من هذه المصلحة ، وهى ارتداد الداخلين فى الإسلام ، فكانت المفسدة فى تأسيس البيت على قواعد إبراهيم أعظم من المصلحة فيه ، فمنع من الفعل المشروع لذلك .

٣ — نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الخليطين كما روى عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله عليه السلام « نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً ،

ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً »(١) مع أن الأصل فى هذا الانتباذ الإذن إلا أنه منع منه لما يؤدى إليه من مفسدة الإسكار كثيراً خصوصاً فى البلاد الحارة .

٤ — نهى النبى عليه السلام عن شرب النبيذ بعد ثلاث ، وعن الانتباذ فى الأوعية التى لا يعلم بتخمير النبيذ فيها ، وبين عليه السلام أنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلا يتخذ ذريعة ، فقال : « لو رخصت فى هذه لأوشك أن يجعلوها مثل هذه(٢) مع أن وقوع المفسدة فى هذه الأمور ليست بغالبة فى العادة وإن كثر وقوعها .

٥ — حرم عليه السلام الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وأن تسافر مع غير ذى محرم ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وقال : إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم، وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ، ونكاحها، وحرم على المرأة فى عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعى النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم ونهى عن البيع والسلف . وعن هدية المديان ، وعن ميراث القاتل ، إلى غير ذلك مما هو ذريعة ، وفى القصد إلى الإضرار والمفسدة فيه كثرة وليس بغالب ، والشريعة بنيت على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة .

٦ — قول الله تعالى: «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ، فحرم الله سب آلهة المشركين مع كون السب غيظاً وحمية وإهانة لآلهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم ، وهذا إشارة إلى المنع من الجائز لئلا يكون سبباً إلى فعل لايجوز .

---

(١) رواه الجماعة إلاالترمذى ، نيل الأوطار حـ ٩ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٩ .

٧ — قول الله تعالى « ولا يضربن بأرجلهن ليعلم مايخفين من زينتهن » فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً فى نفسه لئلا يكون سبباً إلى سماع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعى الفتنة .

٨ — نهى النبى عليه السلام أن تقطع الأيدى فى الغزو لئلا يكون ذريعة إلى لحاق المحدود بالكفار ، ولهذا لا تقام الحدود فى الغزو .

٩ — النهى عن منع فضل الماء لئلا يكون ذريعة إلى منع الكلأ كما علل به فى نفس الحديث ، فجعله بمنعه غيره الماء مانعاً من الكلأ لأن صاحب المواشى إذا لم يمكنه الشرب من ذلك الماء لم يتمكن من الرعى حوله[1] .

كل هذه النصوص الشرعية اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه القطع ، هو أن الفعل إذا كان مأذوناً فيه لما يترتب عليه من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، ولكنه فى نفس الوقت ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم ، أو حدوث ضرر أكبر ، فإن الشارع يقصد إلى المنع من هذا الفعل ، تحصيلا لأرجح المصلحتين ، دفعاً لأشد الضررين .

وهذا المعنى الكلى يجرى مجرى العموم فى الأفراد ، ويحكم به على كل نازلة تعن ، أو واقعة تحدث ويتبين للمجتهد أن الأصل فيها الإذن لما فيها من مصلحة تستجلب ، أومفسدة تندفع ،ولكنها تؤدى إلى حصول مفسدة أشد ، أو تفويت مصلحة أهم ، فيحكم المجتهد بالمنع من هذا الفعل الجائز أو المشروع بمقتضى الأصل ، دفعاً للمفسدة التى تربو على مافيه من مصلحة ، والمجتهد إذ يفعل ذلك إنما يطبق مقصداً شرعياً ، علم كونه مقصوداً للشارع لا بنص واحد ، ولا بدليل معين ، ولكن بجملة نصوص تفوق الحصر .

---

(١) راجع الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٦٠ — ٣٦٤ ، وابن القيم فى إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٩ — ١٩٠ .

وفى هذا يقول الشاطبي رضى الله عنه(١) : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط . بل له طريقان : أحدهما الصيغ إذا وردت . وهو المشهور فى كلام أهل الأصول ، والثانى استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه فى الذهن أمر كلى عام ، فيجرى فى الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ » .

ويقول : « إن قاعدة الذرائع إنما عمل السلف بها بناء على هذا المعنى ، كعملهم فى ترك الأضحية مع القدرة عليها(٢) وكإتمام عثمان الصلاة فى حجه بالناس(٣) . وتسليم الصحابة له فى عذره الذى اعتذر به من سد الذريعة ، إلى غير ذلك من أفرادها التى عملوا بها ، مع أن المنصوص فيها إنما هو أمور خاصة كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا » وقوله « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله » وفى الحديث : « إن من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه » وأشباه ذلك ، وهي أمور خاصة لا تتلاقى مع ما حكموا به إلا فى معنى سد الذريعة » .

ثم يقول . « ولهذه المسألة فوائد تنبنى عليها ، أصلية وفرعية . وذلك أنه إذا تقررت عند المجتهد ، ثم استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة ، بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه ؟ »(٤) .

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٢٩٨ .

(٢) كما أخرج البيهقى عن أبى بكر أنهما كانا لا يضحيان كراهة أن يظن من رآهما وجوبها ، وكذا روى عن ابن عباس . وبلال ، وابن مسعود ، وابن عمر » .

(٣) روى البيهقى عن عثمان أنه أتم ثم خطب فقال : « إن القصر سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه ، ولكنه حدث طغام فخفت أن تستنوا » .

(٤) الموافقات جـ ٣ ص ٣٠٤ .

ثانيا — اشكال للقرافى ورده :

١ — إشكال القرافى :

يرى القرافى أن استدلال المالكية على الشافعية فى سد الذرائع لا يسلم لهم ، وذلك لأن المالكية إنما يذكرون فى هذا الاستدلال نصوصاً تدل على سد الذرائع فى الجملة ، وهذا مجمع عليه ولا يخالف فيه الشافعية ، وإنما يخالف الشافعية فى ذرائع خاصة ، كبيوع الآجال ونحوها ، فكان على المالكية أن يذكروا أدلة خاصة بالذرائع المختلف عليها ، وإلا فإن الأدلة على سد الذرائع جملة لا تفيد ، والمالكية إن قصدوا القياس على الذرائع المنصوص على سدها لوجب أن يكون سندهم هو القياس ، وكان عليهم ابداء الجامع بين الأصل والفرع حتى يتمكن الشافعية من إبطاله ، أو إبداء فارق بينهما . والمالكية لا يعتقدون أن دليلهم هو القياس وحده ، بل يصرحون بأن دليلهم هو النصوص التى قضت بسد الذرائع جملة ، وهذا ليس بصحيح بل عليهم أن يذكروا نصوصاً خاصة بسد الذرائع المختلف فيها .

٢ — رد هذا الإشكال :

ولقد رد الشاطبي على هذا الإشكال بأن النصوص الواردة فى سد الذرائع أفادت معنى سد الذرائع بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وصار معنى سد الذرائع عاماً مستفاداً من هذا الاستقراء ، فيطبق هذا العام على كل فرد يدخل تحته ، تماماً كما يطبق العام المستفاد من الصيغة على كل الأفراد الداخلة تحته ، ولا يحتاج المجتهد إلى دليل خاص من نص أو قياس على سد الذرائع فى الوقائع التى تجد والحوادث التى يتحقق فيها مناط هذه القاعدة .

وإليك إشكال القرافى كما صرح به فى فروقه ، ثم عبارة الشاطبي فى الرد على هذا الإشكال :

يقول القرافى فى الفروق[١] : « ويحكى عن المذهب المالكى اختصاصه بسد الذرائع ، وليس كذلك ، بل منها ما أجمع على سده كما تقدم ، وحينئذ يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشافعية فى سد الذرائع بقوله تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله » وبقوله تعالى « ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم فى السبت » وبقوله عليه السلام « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها » ، وبإجماع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا ، وبقوله عليه السلام « لا يقبل الله شهادة خصم ولا ظنين » خشية الشهادة بالباطل ، ومنع شهادة الآباء للأبناء والعكس ، فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهى لا تفيد ، فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع فى الجملة وهذا مجمع عليه ، وإنما النزاع فى ذرائع خاصة ، وهى بيوع الآجال ونحوها ، فينبغى أن تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد ، وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغى أن يكون حجتهم القياس خاصة ، ويتعين حينئذ عليهم ابداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق ويكون دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس ، وهم يعتقدون أن مدركهم هذه النصوص ، وليس كذلك فتأمل ذلك ، بل يتعين أن يذكروا نصوصاً أخرى خاصة بذرائع بيوع الآجال خاصة ويقتصرون عليها » .

فأنت ترى أن حاصل إشكال القرافى أن غاية ما استدل به المالكية أن النصوص تفيد إثبات سد الذرائع فى الجملة ، أعنى ، ولو فى صورة من الصور ، ولتكن المتفق عليها ولا دلالة لهذا على خصوص الصور التى ادعاها المالكية .

ويرد الشاطبى على هذا الإشكال فيقول[٢]: « وهو — أى إشكال القرافى — غير وارد على ما تقدم بيانه ، وهو أن العام الاستقرائى يقوم

---

(١) الفروق جـ ٣ ص ٢٦٦ .

(٢) الموافقات ٣ : ٣٠٥ .

مقام العام المستفاد من الصيغة ، لأن الذرائع قد ثبت سدها فى خصوصات كثيرة بحيث أعطت فى الشريعة معنى السد مطلقاً عاماً . وخلاف الشافعى هنا غير قادح ، ولا خلاف أبى حنيفة .

أما الشافعى ، فالظن به أنه تم له الاستقراء فى سد الذرائع على العموم. ويدل لذلك قوله بترك الأضحية إعلاماً بعدم وجوبها ، وليس فى ذلك دليل صريح من كتاب أو سنة وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعى ليس بحجة ، لكن عارضه فى مسألة بيوع الآجال دليل آخر رجح على غيره فأعمله ، فترك سد الذريعة لأجله ، وإذا تركه لعارض راجح لم يعد مخالفاً .

وأما أبو حنيفة فإن ثبت عنه جواز إعمال الحيل لم يكن من أصله فى بيوع الآجال إلا الجواز ، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع . وهذا واضح ، إلا أنه نقل عنه موافقة مالك فى سد الذرائع فيها ، وإن خالفه فى بعض التفاصيل ، وإذا كان كذلك فلا إشكال » .

والخلاصة أن قاعدة الذرائع قاعدة متفق عليها بين الأئمة ، وأن الشافعى لا يجيز التذرع بفعل جائز إلى الحرام والمفسدة ، ولا يقول بجواز التذرع بالبيع إلى الربا ، إلا أنه رضى الله عنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ، ومالك يتهم بسبب ظهور فعل اللغو ، وهو دال على القصد إلى الممنوع ، فقاعدة الذرائع إذن متفق عليها فى الجملة وإنما الخلاف فى تحقيق مناط هذه القاعدة فى بعض الجزئيات .

المطلب الثالث

تطبيقات قاعدة الذرائع

فى هذا المطلب نذكر بعض تطبيقات لقاعدة الذرائع ، وسوف نقسم هذه التطبيقات إلى طوائف ثلاث :

فى الطائفة الأولى نجد أفعالا مشروعة بحسب الأصل لما يترتب عليها من المصالح ، ولكنها ذريعة إلى مفسدة راجحة على المصلحة المقصودة من ذلك الفعل .

وفى الطائفة الثانية نجد أن فعلا مشروعاً بحسب الأصل لما يترتب عليه من المصالح ، ولكنه ذريعة إلى مفسدة ، إلا أن هذا الفعل لا يمنع لأن المصلحة المترتبة عليه تربو على المفسدة الناتجة عنه .

وفى الطائفة الثالثة من الأمثلة نجد أن أمراً ما كان الأصل فيه أن يكون سبباً أو شرطاً ، ثم ترك هذا الأصل سداً للذريعة ، أى لما يترتب على القول بهذه السببية أو الشرطية من المفاسد الزائدة على المصلحة المقصودة من جعل الشىء سبباً أو شرطاً . وهذا يعنى أن قاعدة الذرائع كما تطبق على الأحكام التكليفية تطبق على الأحكام الوضعية .

أولا : الطائفة الأولى : أفعال مأذون فيها منعت لأنها ذريعة إلى مفسدة راجحة :

١ — إقامة الحدود فى الغزو فعل مأذون فيه لما يترتب عليه من مصالح الزجر عن المفاسد , ولكنه منع منه لئلا يكون ذريعة إلى إلحاق المحدود بالكفار ، وهى مفسدة تزيد على مصلحة إقامة الحد فى الغزو(١) .

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١٥٥ .

٢ — قبول الهدية فعل مأذون فيه لما يترتب عليه من مصلحة التآلف والتحاب بين المسلمين ، ولكن الحاكم والقاضى وكل من يلى وظيفة عامة يمنع من قبول الهدية ، لأنه ذريعة إلى قضاء حاجة المهدى ، ولو لم يكن صاحب حق فيما يطلب الحكم أو القضاء له به .

٣ — شهادة العدو على عدوه هى فى الأصل جائزة لما يترتب عليها من الوصول إلى الحقوق وإثبات الدعاوى ولكنها تمنع لئلا يتذرع العدو بهذه الشهادة للنيل من عدوه وإلحاق الضرر به بالباطل .

٤ — تقديم أحد الخصمين على الآخر فى مجلس القضاء أمر لا مفسدة فيه لذاته ، ولكنه لما كان ذريعة إلى كسر قلب الخصم الآخر وضعفه عن إقامة حجته ، واعتقاده أن محاولة إثبات صحة ما يدعيه لا فائدة لها ، مادام القاضى يميل إلى خصمه ويقدمه عليه ، لما كان ذريعة إلى هذه المفاسد منع منه .

٥ — حكم القاضى بعلمه سبب مشروع للحكم بما علمه ، وذلك لما يترتب عليه من مصلحة إثبات الحقوق التى قد لا يطلع عليها غير الحاكم شخصياً . ولكنه لما كان ذريعة إلى الحكم بالباطل من بعض القضاة السوء منع منه .

٦ — الأضحية عمل مشروع ، بل هو السنة الثابتة ، لما يترتب عليه من المصالح ، ولكن بعض الصحابة والأئمة تركوا هذا فى بعض الأوقات خشية أن يعتقد بعض الناس وجوب الأضحية ، ومثل ذلك ترك عثمان القصر فى الحج مع أن القصر فعل مشروع كما صرح به عثمان نفسه ، لئلا يكون ذريعة إلى اعتقاد العامة أن الصلاة ركعتان فى جميع الأوقات .

٧ — شراء الطعام، وتخزينه للبيع بسعر مرتفع رجاء الربح أمر جائز وتجارة مشروعة ، لما يترتب عليها من مصالح كسب الرزق والقيام على

النفس والولد ، ولكن إذا ترتب على هذا الاحتكار الإضرار بمصالح الجماعة ، والتحكم فى أقواتهم برفع الأسعار منع من ذلك ، وهو الاحتكار الذى عناه النبى عليه السلام من قوله : «لا يحتكر إلا خاطىء» .

٨ — البيع والإجارة وغيرهما من العقود الأصل فيها الجواز والإذن لما يترتب عليها من المصالح الخاصة بها . ولكن هذه العقود إذا كانت ذريعة إلى محرم أو مفسدة ينهى عنها الشرع منع منها ، ومن ثم منع من بيع السلاح فى الفتنة ، وللكفار والبغاة وقطاع الطرق ، وبيع الأمة لمن يفسق بها ، أو استئجار امرأة للخدمة ، أو إجارة داره أو حانوته لمن يقيم فيها ما يعد معصية ، وكذلك عصر العنب لمن يتخذه خمراً . فكل هذه عقود الأصل فيها الإذن لما يترتب عليها من المصالح ، ولكن لما كان مآلها إلى المفسدة المحرمة حرمت، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[1].

٩ — نكاح المسلم للكتابية مشروع لما يترتب عليه من المصالح ، وقد منع عمر بعض الصحابة الذين يقتدى بهم من التزوج باليهوديات ، لما كان ذلك ذريعة إلى التزوج بالمومسات، لأن غالب اليهود لا يرون حرجاً فى اتخاذ الدعارة حرفة إذا كان فى ذلك مصلحة لبنى جلدتهم ، ولئلا يتخذ ذريعة إلى الزواج من اليهوديات لجمالهن والعزوف عن الزواج من المسلمات ، وفى ذلك من الفتنة والفساد ما فيه[2] .

ويقرب من هذا منع الدولة بعض الطوائف من التزوج بالأجنبيات ، سداً لذريعة المساس بمصالح الدولة العامة ، أو الخاصة ، وذلك كمنع رجال السلك الدبلوماسى من الزواج بالأجنبيات ، وكذلك منع الطلبة الذين يدرسون بالخارج من الزواج بأجنبية أثناء الدراسة . فهذا منع من جائز

---

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٩٧ ، الآثار لمحمد بن الحسن ص ٧٥ نقله صاحب رسالة تعليل الأحكام ص ٤٣ .

لئلا يتذرع به إلى الممنوع . كإفشاء أسرار الدولة ، وانشغال الموفدين عن العلم وهكذا .

١٠ — قسمة الغنيمة بما فيها العقار على الغانمين أمر مشروع مأذون فيه لما يترتب عليه من المصالح ، وقد رأى عمر رضى الله عنه ، ووافقه الصحابة عدم قسمة الأرض وتركها بأيدى أصحابها على خراج يؤدنه للدولة ، وذلك لأنهم رأوا أن قسمة الأرض على الفاتحين ذريعة إلى مفسدة راجحة على تلك المصلحة ، وذلك أن الأرض لو قسمت على الفاتحين ، فإن الدولة الإسلامية لا تجد المال اللازم لتجهيز الجيوش وإمدادها بالسلاح لحفظ الثغور الإسلامية ، وحماية أرض الدولة . هذا على فرض أن النصوص لا تفيد إبقاء الأرض دون قسمة(١) .

وسند عمر والصحابة فى هذه الفتوى هو قاعدة الذرائع المتفق عليها فى الجملة ، وإن وقع الخلاف فى تحقيق مناطها فى بعض الجزئيات ، والاستدلال بهذه القاعدة استدلال بنصوص تفوق الحصر اجتمعت على معنى ترك الأمر الجائز المشروع ، إذا كان ذريعة إلى مفسدة تزيد على المصلحة المقصودة بالإذن ، وبذلك لا يجوز القول بأن الصحابة خصصوا نص آية تقسيم الغنائم بالرأى ، أو بالمصلحة المجردة . إذ المخصص فى الحقيقة على فرض أن آية الغنائم تفيد هذا المعنى هو النصوص الكثيرة التى أفادت أن الأمر المشروع بالأصل يمنع منه إذا أدى إلى مفسدة تساوى مصلحة هذا الفعل أو تزيد .

١١ — خروج النساء إلى المساجد فعل مأذون فيه لقول الرسول عليه السلام «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن تفلات» وقوله «لا تمنعوا نساءكم المساجد وبيوتهن خير لهن» . ولكن لما تغيرت النفوس وضعف سلطان

---

(١) راجع فى تفصيل هذا رسالة تعليل الأحكام ص ٤٨ .

الدين على القلوب ، وكان خروج النساء إلى المساجد بالليل ربما يتخذ ذريعة إلى إيذائهن من بعض ذوى النفوس الدنيئة من الرجال ، أو ربما يتخذه بعض النساء ذريعة إلى مالا يرضى ، رأت عائشة أن خروج النساء إلى المساجد يجب أن يمنع سداً للذريعة ، ومنعاً للفساد ، وقالت : « لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد »[1] .

ولقد حدث ابن عمر بحديث رسول الله « ائذنوا للنساء إلى المساجد بالليل » ، فقال ابن له : « لا نأذن لهن فيتخذنه دغلا ، والله لا نأذن لهن » فسبه وغضب ، وقال : « أقول قال رسول الله : ائذنوا لهن ، وتقول لا نأذن لهن » ؟

وهذا لا يفسر خلاف الصحابة حول قاعدة الذرائع . فإن أحداً لا يقول بأن الشارع إذا نهى عن مفسدة ، فإنه يبيح لعباده الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليها ، وإلا كان ذلك تناقضاً ، وكان مؤدياً إلى مخالفة مقصود الشارع من دفع المفاسد ما أمكن الدفع ، وسد كل طرق الشر ومسالكه ، ولكنه يفسر الخلاف ـ والله أعلم ـ فى تحقيق مناط هذه القاعدة . فبينما ترى عائشة ، وابن ابن عمر ، أن الزمن قد تغير ، وأن الدين قد ضعف سلطانه على النفوس ، وأن الخروج إلى المساجد بالليل يتخذ ذريعة إلى المفاسد غالباً ، ولذلك يجب أن يمنع محافظة على قصد الشارع الذى عرف من نصوصه ، يرى ابن عمر ، أن العصر الذى يعيش فيه لا زال عصر طهر وعفاف ، وأن حصول المفسدة من خروج النساء إلى المساجد نادر أو فى حكم المعدوم ، وأن فى شهود النساء المساجد والجماعات مصالح محققة لا تترك لمفاسد موهومة أو معدومة ، ولا يمكن القول بأن ابن عمر يجيز خروج النساء إلى المساجد بالليل ، وإن كثر حدوث الفسق ، وغلب وقوع الفاحشة ممن يتذرعن بهذا الخروج إلى أغراضهن الخبيثة ،

---

(١) رواه أبو داود ، نقله صاحب رسالة تعليل الأحكام ص ٣٩ .

فإن الشارع لا يرضى بالفاحشة ولا يفتح الطرق إلى الفسق قط . فالخلاف في تحقيق مناطاً القاعدة وتطبيقها على الجزئيات .

١٢ — مراجعة الرجل لزوجته التي طلقها ثلاثاً بلفظ واحد أمر مأذون فيه لما يترتب عليه من مصلحة استدامة العشرة ، والإبقاء على الأسرة ، ولكن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى أن هذه المراجعة بعد الطلاق الثلاث بلفظ واحد ذريعة إلى مفسدة ، تتمثل في تتابع الناس في التطليق ثلاثاً بلفظ واحد ، وهو لعب بكتاب الله ، ومخالفة للسنة التي سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم . فالزوج الذي يعلم أن طلاق الثلاث واحدة ، وأن له الرجعة بعده ، لا يجد ما يزجره عن إيقاع الثلاث دفعة واحـــدة ، ولا يجد الداعي الذي يدعوه إلى اتباع السنة في تفريق الطلاق . ومفسدة ترك السنة في تفريق الطلاق ، واللعب بكتاب الله تعالى ، أرجح في نظر عمر بن الخطاب من المصلحة المترتبة على إباحة الرجعة بعد الطلاق الثلاث بلفظ واحد . ولذلك منع من المباح سداً للذريعة ، ومنعاً للمفسدة الراجحة في نظره .

ولست بصدد إثبات صحة الرواية لهذه الفتوى عن عمر ، ولا في طرق رجال الحديث في تفسير ما نسب إلى عمر رضي الله عنه ، والتوفيق بينه وبين الأحاديث الأخرى التي تجعل طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلقات ، وأن هذا هو ما كان متبعاً في زمن النبوة وبعده ، وإنما الذي أردته أنه على فرض صحة رواية ابن عباس رضي الله عنه « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم »[1] ، على فرض أن طلاق الثلاث كان واحدة في زمن

---

(١) رواه مسلم وأحمد والحاكم .

النبوة ، وبعده إلى خلافة عمر ، وأن عمر أوقع مثل هذا الطلاق ثلاثاً . فإن هذه الفتوى ليست عملا بالرأى المجرد ، أو تشريعاً بالمصلحة التى لا تستند إلى نصوص الشريعة ، وإنما هى تطبيق لقاعدة الذرائع التى أخذ معناها من استقراء النصوص الشرعية ، وسواء أصادف التوفيق عمر فى هذه الفتوى أم لم يصادفه ، فإنه قد طبق قاعدة شرعية ، ورأى أن مناطها يتحقق فى هذا الفرع ، والاجتهاد فى تحقيق مناط أى دليل جائز مسلم به من كل المجتهدين، وهم يختلفون فى تحقيق مناط الأدلة ، وتطبيق القواعد على الجزئيات ، فما فعله عمر من هذا القبيل ، فهو رضى الله عنه لم يخالف نصاً بمصلحة ، وإنما طبق قاعدة أخذ معناها من عدة نصوص حتى أصبحت معنى عاماً أخذ بطريق الاستقراء ، لا يختلف عن العام المستفاد من الصيغة فى قوة الاحتجاج به والبناء عليه .

١٢ — اتخاذ غير المسلم حرفة معينة كالصيارفة والجزارين ونحو ذلك عمل مأذون فيه ، لا يترتب عليه مفسدة لذاته ، بل فيه مصالح القيام بالتحرف والتكسب ، ولكن عمر بن الخطاب كتب إلى البلدان ينهاهم أن يكون غير المسلمين صيارفة فى الأسواق ، وأن يقاموا من الأسواق ، معللا ذلك بأن الله أغنى المسلمين عنهم » وقد روى عن مالك أن عمر إنما رأى ذلك منعاً لذريعة اعتقاد صحة التعامل بالربا ، لأن هؤلاء يتعاملون بالربا فإذا تركوا دون إنكار من المسلمين فربما ظن بعض المسلمين أن التعامل بالربا جائز فى الشرع .

ومن هذا القبيل منع الدولة بعض الأجانب من بعض الأعمال الهامة التى تتعلق بالمصالح العليا للدولة ، ولا يؤتمن عليها غير الوطنيين ، وفرض قيود على بعض الحرف والأعمال ، وإن كان الأصل أن كل مواطن له الحق فى اختيار الحرفة التى تعجبه والعمل الذى يروق له ، وذلك سداً لذريعة الفساد والإضرار .

١٤ — ويمكن التمثيل لهذا النوع من الذرائع بمنع الدولة من ذبح إناث الأنعام — وهو عمل فى الأصل جائز مشروع — ، إذا كان ذلك يؤدى إلى قلة الإنتاج ، وحدوث المجاعات ، وعدم توفر مايكفى حاجة الاستهلاك من اللحوم ، وكذلك بيع اللحوم فى أى وقت جائز مشروع ولكنه قد يمنع البيع فى أيام مخصوصة ، إذا كان إطلاق حرية البيع ذريعة إلى عدم كفاية المعروض من اللحوم عن حاجة الاستهلاك .

١٥ — وكذلك الأصل أن الإنسان حر فى ملكه يفعل فيه ما يشاء ، ولكن قد يمنع الإنسان من بناء مصنع فى جهة آهلة بالسكان ، إذا كان وجود هذا المصنع فى تلك الجهة ذريعة إلى الأضرار بالصحة العامة أو خطراً على حياة الناس .

١٦ — وكذلك الحال فى نطاق الزراعة ، فإن الأصل أن للمالك أن يزرع المحصول الذى يعجبه فى أرضه ، دون قيود على هذه الحرية ، ولكن إذا تبين أن ترك الحرية الكاملة للزراع يؤدى إلى كثرة الناتج من محصول معين لا يمكن للسوق المحلى استيعابه ، وليس فى الإمكان تصديره ، فيتلف على الأمة ، فى حين أن هناك محصولا آخر تشتد حاجة الناس إليه ، قد عزف عنه الزراع طمعاً فى الربح الوفير ، غير عالمين بظروف السوق الخارجية ، وعلاقات الدولة بالدول التى اعتادت استيراد هذه السلعة .

والمهم فى كل هذه الحالات أن يكون مناط القاعدة قد توافر فى الفرع الذى يراد معرفة حكمه ، أى منعه لما يؤدى إليه من الفساد والإضرار ، فالأمر يتعلق بتحقيق المناط وليس فى الدليل نفسه أو القاعدة ذاتها .

١٧ — الأصل أن لكل إنسان أن يبيع سلعته بالسعر الذى يروق له ، دون فرض قيود على حريته ، ولكننا نرى بعض الصحابة والمجتهدين ، يمنع البائع من البيع بالسعر الذى يريده ، إذا كان البيع بهذا السعر وسيلة للإضرار بالغير وذريعة إلى المفسدة .

فمن ذلك ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيباً له ، فسأله عن السعر ، فقال حاطب : « مدين لكل درهم » ، فقال له عمر : « قد حدثت بعير من الطائف تحمل زبيباً ، وهم يعترون بسعرك ، فإما أن ترفع السعر وإما أن تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت »(١). ولقد راجع عمر نفسه بعد ذلك ، وقال لحاطب « بع كيف شئت » .

فعمر ظن أن حاطباً يرخص فى السعر بقصد القضاء على منافسه ، والإضرار بالعير القادمة من الطائف ، وهو إذا أرخص فى السعر بهذا القصد ، فإن التجار القادمين بالسلع من الخارج سوف يمتنعون عن الجلب ، وبذلك لا يبقى منافس لهذا المرخص فى السعر فيبيع كيف شاء بعد القضاء على المنافس ، وعند ذلك يرفع السعر وهذه هى المنافسة غير المشروعة فى القانون الحديث ، وفيها مصلحة حاضرة ، ولكنها تتخذ ذريعة لمفسدة أرجح منها فى المستقبل .

وربما تأكد عمر بعد ذلك أن حاطباً لا يقصد شيئاً من ذلك ، وأن قرينة البيع بهذا السعر لا تصلح دليلا على القصد الذى هو مناط الحرمة وسبب المنع فى هذه الحالة فرجع لحاطب وقال له ما قال .

والذى يهمنا أن ولى الأمر إذا تأكد أن مزاولة التجار للأعمال المشروعة ، إنما اتخذت ذريعة إلى ما ليس بمشروع ، وأنهم تعسفوا فى استعمال حقوقهم بقصد الإضرار بمنافسيهم ، والتحكم فى الأسواق وأرزاق الناس بعد ذلك ، فإن له أن يمنعهم ، سداً للذريعة ، وأما إذا كان الإرخاص فى السعر لا يعنى إلا المنافسة الحرة الشريفة التى لا تؤدى إلى الاحتكار للسلعة والتحكم فى الأرزاق فإنه لا يمنع البيع بالسعر الذى يحدده قانون العرض والطلب .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٣٥ .

ومن ذلك ماروى عن المالكية والحنابلة أن لولى الأمر أن يحدد للتجار سعراً يبيعون به إذا حاولت طائفة تتعامل فى سلعة معينة أن تستغل حاجة المسلمين وأن ترفع الأسعار إلى الحد الذى لا يبرره قانون العرض والطلب، وإنما يمليه الجشع وحب المال، بحيث يعرضون سلعتهم بأثمان باهظة، وبغبن فاحش، وبسعر لا يقدر عليه عامة الناس، فعند ذلك يمنعون من البيع إلا بالسعر العدل، فهو إذن من باب المنع من المباح إذا اتخذ ذريعة للمفسدة والإضرار .

وقد يقال إن الفتوى بجواز التسعير عمل بالرأى فى مقابلة النص حيث إن الرسول عليه السلام امتنع عن التسعير لما طلب منه ذلك . ويجاب على هذا بأن هذه الفتوى تعد تطبيقاً للنص الذى منع من التسعير نفسه، ذلك أن الفقهاء القائلين بجواز التسعير قد اجتهدوا فى إستنباط مناط هذا النص، وقد أداهم اجتهادهم إلى أن مناط المنع من التسعير هو أنه ظلم للتجار طالما أن ارتفاع الأسعار فى عهد الرسول عليه السلام جاء نتيجة لقانون العرض والطلب، وليس نتيجة جشع طائفة من التجار الذين يتحكمون فى السوق، ويحتكرون أقوات المسلمين، وقد أشار الحديث الوارد بترك التسعير إلى هذا المعنى حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال »(١) فهذه العبارة تشير إلى أن العلة فى ترك التسعير هى ترك الظلم، وهذا يعنى أن ارتفاع الأسعار كان دون تدخل التجار، فإذا ما تبين أن التجار هم الذين رفعوا الأسعار طمعاً فى الربح الحرام، فإن هذا يعد ظلماً يجب على ولى الأمر رفعه، والتسعير هو الوسيلة لهذا الرفع .

---

(١) روى أنس رضى الله عنه قال « غلا السعر فى المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال الناس يارسول الله غلا السعر فسعرلنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، أنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال » رواه الخمسة إلا النسائى .

ثانياً : الطائفة الثانية : أفعال الأصل فيها الإذن وهى ذريعة إلى مفسدة ولكنها لا تمنع لرجحان مصلحتها على المفسدة المتذرع بها إليها :

١ — دفع المال للكفار فداء لأسرى المسلمين فعل هو ذريعة إلى محرم، لأن فيه إعانة للكفار ، وتقوية لهم على حرب المسلمين ، ومع ذلك فالدفع جائز عند المالكية ، لأن هذا الفعل يفضى إلى مصلحة راجحة على تلك المفسدة ، هى تخليص المسلمين من الرق والقتل والفتنة فى الدين لو تركوا بأيدى المشتركين .

٢ — دفع مال لرجل يأكله حراماً ليكف عن ارتكاب فاحشة من أمرأة مسلمة، فعل يعد ذريعة إلى مفسدة، وهى أكل مال المسلم بالباطل، إذ لا يستحق أحد أجراً على ترك الفسق والعصيان ، ولكن هذا الفعل أجيز لما يؤدى إليه من المصلحة الراجحة ، وهى حفظ عرض المسلمة ، ومنع الفاحشة ومصلحة حفظ الأعراض أهم فى نظر الشارع من مفسدة دفع مال إلى من يأكله ظلماً .

٣ — دفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال ، ذريعة إلى مفسدة أكل مال الغير بالباطل ، ولكنه لم يمنع منه نظراً لأن هذا الدفع يترتب عليه مصلحة راجحة ، وهى منع القتل وسفك الدماء ، وهى مفاسد تربو على مفسدة دفع جزء من المال للمحارب .

وفى هذه الفروع الثلاثة المتقدمة يقول القرافى :

« قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة » ثم يقول بعد ذكر الأمثلة الثلاثة : « فهذه الصور كلها الدفع فيها وسيلة إلى المعصية بأكل المال ، ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة »[1] .

---

(١) الفروق ج ٢ ص ٣٣ .

٤ — المنع من تلقى الركبان فعل يعد ذريعة إلى مفسدة هى منع الشخص من التكسب والسعى فى طلب الرزق . ولكنه أجيز لأن المصلحة المترتبة على هذا المنع وهى مصلحة عامة ، راجحة على مفسدة المنع .

٥ — منع الحاضر من البيع للبادى ذريعة إلى مفسدة هى المنع من النصيحة إن كان البيع دون أجر ، والمنع من الأجر إن كان البيع بأجر ، ولكن هذا المنع جائز لأن المصلحة المترتبة عليه راجحة على المفسدة ، لأنها مصلحة العامة أهـل الحضر ، فى حين أن المفسدة راجعة إلى البادى أو الحاضر وحده .

٦ — منع الصحابة أبا بكر من التحرف والقيام على الأولاد ، وجعل نفقته فى بيت مال المسلمين ، ذريعة الى مفسدة ، هى منعه من العمل الذى يريده والحرفة التى يختارها ، ولكنه أجيز لأن المصلحة المترتبة على ذلك وهى القيام على مصالح المسلمين مصلحة راجحة .

وفى الفروع الأربعة الأخيرة يقول الشاطبى فى الموافقات(١) فيما إذا توارد النهى عن الفعل من حيث الأصل ، والأمر من حيث التعاون والمآل ، وأن العبرة بما يؤول إليه الفعل ، ويتذرع به إليه ، إذا كان من باب تقديم مصلحة عامة على خاصة : « ولكنه صحيح إذا نزل منزلته ، وهو أن يكون من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ، كالمنع من تلقى الركبان ، فإن منعه فى الأصل ممنوع ، إذ هو من باب الارتفاق ، وأصله ضرورى أو حاجى ، لأجل أهل السوق ، ومنع بيع الحاضر للبادى ، لأنه فى الأصل منع من النصيحة إلا أنه إرفاق بأهل الحضر ، وتضمين الصناع قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة ، فإن جهة التعاون هنا أقوى ، وقد أشار الصحابة على الصديق إذ قدموه خليفة ، بترك التجارة والقيام بالتحرف على العيال ، لأجل ما هو أهم فى التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، وعوضه من ذلك فى بيت المال ، وهذا النوع صحيح كما تفسر » .

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٢٦٠ .

ففى هذه الفروع نجد أن الفعل المباح ذريعة إلى مفسدة ، ولكنه فى نفس الوقت يحصل مصلحة راجحة على تلك المفسدة فلا يمنع . والذى يجب التنبيه عليه أن شيئاً من هذه الأفعال لم يكن مفسدة فى نفسه ، أو ما يطلق عليه محرماً لذاته، بل كان ذريعة لمفسدة ، ولكنه فى ذات الوقت يحقق مصلحة راجحة . فإذا كان الفعل محرماً لذاته أو يتعين للمفسدة بنفسه ، فإنه يمنع ، ولا يقال بجوازه لما يترتب عليه من المصلحة الراجحة ، فإن هذا لا يتأتى ، لأن الله عز وجل لم يحرم شيئاً لذاته يمكن أن تترتب عليه مصلحة راجحة .

وعلى هذا فإن الذى يسرق ليبنى مسجداً ، أو ينفق على الأيتام ، يرتكب إثماً ويقام عليه الحد ، لأن السرقة فعل محرم لذاته ، ويتضمن المفسدة ، وليس فقط ذريعة أو وسيلة إلى الفساد .

ولذلك نجد الشاطبى عندما يتكلم على حكم ما إذا كان الفعل منهياً عنه من جهة الأصل ، ومأذون فيه من جهة ماهو ذريعة له يفرق بين حالتين : حالة المحرم لذاته ، أو الفعل الذى هو مفسدة فى نفسه فلا يجوز ، وإن كان ذريعة لمصلحة، وحالة ما إذا كان الفعل غير مأذون فيه بسبب أنه ذريعة إلى المفسدة ، ولكنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة راجحة فيجوز ، فيقول :

« وإن كان الثانى — أى توارد النهى عن الأصل ، والإذن على جهة التعاون والتذرع — فظاهره شنيع لأنه إلغاء لجهة النهى ليتوصل إلى المأمور به تعاوناً ، وطريق التعاون متأخر فى الاعتبار عن طريق إقامة الضرورى والحاجى لأنه تكميلى . وماهو إلا بمثابة الغاصب والسارق ليتصدق بذلك على المساكين أو يبنى قنطرة . ولكنه صحيح إذا كان من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة » ثم ذكر أمثلة المنع من تلقى الركبان ، ومنع الحاضر من البيع للبادى ، وتضمين الصناع .

ويقول أستاذنا الشيخ أبو زهرة فى كتابه ابن حنبل[1] : « ولكن إذا كانت الوسيلة ممنوعة لذاتها ، وهى تؤدى حتما إلى مطلوب أو حق فهل تكون مطلوبة أو تستمر على حرمتها ، كشهادة الزور لإثبات حق قد أنكره المدعى عليه ؟ لقد أجاب عن ذلك ابن تيمية بأنه لا يجوز فقال: « هذا محرم عظيم ، عند الله قبيح ، لأن ذينك الرجلين شهدا بما لا يعلمانه ، وهو حملهما على ذلك .. وهذا إذا كان ذلك الأمر الذى اتخذ وسيلة محرماً لذاته كالكذب ، فإن كان أصل تحريمه لأنه ذريعة إلى محرم . . . فإن الحكم فى هذه الحال يختلف . . . » .

وبهذا يكون الحنابلة كالمالكية فى أن المحرم لذاته لا يمكن أن يتصور أنه وسيلة إلى مصلحة راجحة ، حتى يطلب بطلبها ، بخلاف الفعل الذى كان مشروعاً فى الأصل ، ثم حرم لما يؤدى إليه من مفسدة . وكانت مصلحته تربو على هذه المفسدة فإن هذا الفعل يجوز .

٧ — تولية الإمام غير المجتهد ذريعة إلى مفسدة هى احتمال الخطأ فى التعرف على حكم الشرع ، وتطبيقه على الوجه الكامل ، ولكن تولية غير غير المجتهد إذا خلا الزمن عن مجتهد يحقق مصلحة راجحة على تلك المفسدة فيجوز ، تحصيلا للمصلحة الراجحة وتقديماً لها على المفسدة المرجوحة ، لأن شأن الشارع ألا يطرح المصالح الغالبة ، دفعاً لمفاسد نادرة أو مرجوحة .

٨ — الإبقاء على الإمام الذى لم يستكمل شرائط الإمامة مع توافر المجتهد ذريعة إلى مفسدة هى ترك تولية المجتهد القادر على الاجتهاد وتعرف أحكام الشرع بنفسه ، ولكن الإبقاء عليه ذريعة إلى تحصيل مصلحة راجحة هى حقن دماء المسلمين ومنع الفتن والثورات وقد أفتى مالك بذلك فى المسألتين السابقتين .

---

(١) ابن حنبل ص ٣٢٠ .

ثالثاً : الطائفة الثالثة : تطبيق قاعدة الذرائع على بعض الأحكام الوضعية :

١ — تضمين الصناع : إثبات صاحب السلعة تعدى الصانع أو تقصيره هو السبب فى إلزام الصانع الضمان . ولما كان هذا ذريعة إلى ضياع أموال أرباب السلع ، فى حالة ما إذا فشت الخيانة بين طائفة الصناع، وغلب عليهم التعدى والتقصير ودعوى التلف بالباطل ، كان السبب فى الضمان هو عدم قيام الصانع بإثبات السبب الأجنبي الذى لا يد له فيه ، فلا يعفى الصناع من الحكم بالضمان إلا إذا أثبتوا أن السلعة تلفت دون تعد منهم أو تقصير . وهو إعمال لقاعدة : الذرائع فى الأسباب ، فما كان سبباً لم يجعل سبباً سداً للذريعة(١) .

٢ — قتل الجماعة بالواحد : سبب القصاص من الشخص أن يكون قاتلا على التحقيق ، والشريك ليس بقاتل على التحقيق ، ولكن لما كان هذا ذريعة إلى سفك الدماء ، واتخاذ التعاون والاشتراك ذريعة إلى القتل ، نزل الشريك منزلة القاتل على التحقيق ، وأضيف القتل إلى الجماعة إضافته للواحد .

٣ — شهادة الصبيان : الشرط فى قبول الشهادة البلوغ والعدالة ، وهذا يقضى بعدم قبول شهادة الصبيان فى الجراح لعدم توافر هذا الشرط ،

---

(١) راجع الفروق للقرافى ج٢ ص ٣٢ حيث ذكر تضمين الصناع بين أمثلة سد الذرائع ، وإذا كانت الذريعة هى المنع من الجائز لئلا يتذرع به إلى الممنوع ، فإنه يمكن بشيء من التكلف إرجاع مسألة تضمين الصناع إلى هذا التعريف ، وذلك بالقول بأن عدم الحكم على الصناع بالضمان فعل مشروع فى الأصل ولكنه ذريعة إلى مفسدة فيمنع من الحكم بعدم التضمين سداً للذريعة ، أو يقال بأن تضمين الصناع فعل مشروع يؤدى إلى مفسدة هى تضمين البرىء فى بعض الحالات ، ولكنه يؤدى إلى تحصيل مصلحة عامة فيجوز الحكم به تقديماً للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة وهكذا .

ولكن لما كان هذا ذريعة إلى إهدار دماء من يقتل من الصبيان فى ملاعبهم والأمكنة التى لا يطلع عليها سواهم ، وهو مفسدة دون شك ، لم تجعل العدالة والبلوغ شرطاً فى هذه الحالة .

الفرع الثانى

قاعدة الاستحسان المالكى

ونقسم هذا الفرع إلى مطالب ثلاثة : نعرف فى أولها الاستحسان المالكى ، ونقيم فى ثانيها أدلة اعتبار الاستحسان طريقاً من طرق الاجتهاد ، ونخصص ثالثها لبيان العلاقة بين الاستحسان المالكى والنصوص من جهة ، وبينه وبين المصلحة المرسلة من جهة أخرى ، وذلك لأن بعض الكتاب قد عرض هذا الاستحسان فى صورة يظهر منها أن الاستحسان الذى قال به مالك فيه ترك للنصوص الشرعية .

المطلب الأول

التعريف بالاستحسان المالكى

ونقدم لهذا المطلب بمقدمة نبين فيها وجه رجوع قاعدة الاستحسان إلى أصل اعتبار المآل أولا ، ثم نعرض تعريفات شيوخ المالكية للاستحسان الذى قال عنه مالك إنه تسعة أعشار العلم ثانياً ، ونختم هذا المطلب بخلاصة هذه التعريفات ، وأقسام الاستحسان ، كما تشير إليه هذه التعريفات ثالثاً .

أولا : رجوع قاعدة الاستحسان إلى أصل اعتبار المآل :

يقرر الشاطبى أن قاعدة الاستحسان عند مالك رضى الله عنه ترجع إلى نظرية اعتبار المآل . ذلك أن الاستحسان كما سنرى من تعريف المالكية له يرجع إلى «اعتبار المآل فى تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضى منع ذلك ، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان الواجب رعى ذلك المآل إلى أقصاه» .

فالدليل العام يقضى بمنع الاطلاع على العورات، ولكننا إذا جرينا وراء هذا الدليل العام، وقلنا بالمنع من الاطلاع على العورات للتداوى، لأدى ذلك إلى فوات المصلحة التى قصد بالدليل تحقيقها. ذلك أن الدليل قصد به المحافظة على مصلحة كمالية، والمنع من النظر للتداوى، يفوت مصلحة ضرورية، وذلك إذا كان عدم التداوى يفوت النفس أو أحد الأعضاء أو منافعها، فأصل حفظ النفس ضرورى، وحفظ المروءات مكمل لهذا الضرورى، والمكمل إذا عاد على الأصل بالبطلان لا يعتبر.

والدليل العام يقضى بمنع الغرر فى البيع وغيره من التصرفات، ولو جرينا على هذا الدليل دون اعتبار مايؤول إليه، وحكمنا بمنع الغرر جملة، لأدى ذلك إلى رفع مااقتضاه ذلك الدليل من المصلحة. فكان الواجب مراعاة مآل الدليل. فإن أصل البيع ضرورى، ومنع الغرر والجهالة مكمل، فلو اشترط نفى الغرر جملة لانحسم باب البيع، وهو مصلحة ضرورية.

والدليل العام يقضى باشتراط العدالة فى الوالى الذى يجاهد معه المسلمون العدو، ولكننا لو بقينا مع ذلك الدليل العام دون نظر إلى مايؤول إليه فى بعض الحالات، لأدى ذلك إلى فوات المصلحة التى قصد بهذا الدليل تحصيلها، فالجهاد مع ولاة الجور قال مالك بجوازه لأنه لو ترك لكان ضرراً على المسلمين، فالجهاد ضرورى والوالى فيه ضرورى والعدالة فيه مكمل للضرورى، والمكمل إذا عاد على الأصل بالبطلان لم يعتبر.

والدليل الطالب لإقامة الصلاة يفيد بعمومه وجوب إتمام الأركان والشروط فى كل الحالات، وإذا بقينا مع ذلك العام دون نظر إلى مآل العمل به فى حالة المريض غير القادر، لأدى ذلك إلى فوات المصلحة التى قصد بالدليل تحقيقها، فإن الصلاة ضرورية وإتمام الأركان مكمل هذا الضرورى، فإذا أدى طلب هذا الإتمام إلى ألا تصلى، أو تصلى مع الحرج والمشقة الشديدة، فإن هذا المكمل يلغى اعتباره، ويصلى العاجز كيفما وسعته الرخصة، محافظة على أصل المصلحة الضرورية.

وإطلاق النصوص وعموم الأدلة يقضي بتحريم النجاسات حفظاً للمروءات، ومراعاة لمحاسن العادات، ولو جرينا مع هذا الدليل العام إلى نهايته دون نظر إلى المآل فى بعض الحالات ، كما فى حالة الاضطرار إلى حفظ النفس بأكل النجاسات، فإن الجرى وراء هذا الدليل يؤدى إلى فوات المصلحة التى قصد بالدليل تحقيقها، إذ المصلحة المكملة مع ما كملته كالصفة مع الموصوف فإذا كان اعتبار الصفة يؤدى إلى ارتفاع الموصوف لزم من ذلك ارتفاع الصفة أيضاً . فحفظ الحياة ولو بتناول النجس مصلحة ضرورية ، وحفظ المروءات بعدم تناول النجاسات مصلحة تحسينية ترجع إلى محاسن العادات ، فإذا كانت هناك ضرورة لتناول النجس ، كان حفظ المصلحة الضرورية أولى .

فهذه الأمثلة تصور الاستحسان المالكى بأنه يرجع إلى اعتبار المآل عند إعمال الأدلة العامة ، والنظر فيما يؤول إليه هذا العمل من جلب المصالح ودرء المفاسد ، فإن كل دليل قصد به جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، فإذا كان إعمال الدليل على عمومه فى بعض الحالات يؤدى إلى فوات هذه المصلحة بالكلية ، أو مع تحصيل هذه المصلحة ، يؤدى إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث ضرراً أكبر ، فإن الدليل العام لا يطبق على مثل هذه الحالات ، لأن الشارع لم يقصد تطبيقه على الحالات التى يؤدى فيها التطبيق إلى عدم حصول المصالح المقصود بالدليل تحصيلها ، أو إلى حصول مفاسداً كبر ، أو فوات منافع أهم .

وفى هذا يقول الشاطبي رضى الله عنه فى موافقاته[1] : « الاستحسان فى مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى . ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما يرجع إلى ما علم من قصد الشارع فى

---

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٧ .

الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى فوات مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك ، وكثيراً ما يتفق هذا فى الأصل الضرورى مع الحاجى ، والحاجى مع التكميلى ، فيكون إجراء القياس مطلقاً فى الضرورى يؤدى إلى حرج ومشقة فى بعض موارده ، فيستثنى موضع الحرج ، وكذلك فى الحاجى مع التكميلى ، أو الضرورى مع التكميلى » .

فإن الشارع كما اعتبر إقامة المصالح الضرورية ، فإنه اعتبر مع ذلك قاعدة الحاجيات التى ترجع إلى التوسعة ورفع الحرج والضيق فى إقامة هذه الضرورات ، بحيث لو لم تعتبر هذه الحاجيات لدخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة فى إقامة المصالح الضرورية ، حرج ومشقة ربما أديا إلى فوات المصالح الضرورية نفسها ، فإن إقامة الصلاة كاملة الأركان مستوفية الشروط مصلحة ضرورية ، ولكن قاعدة الحاجيات تقضى برفع الحرج والمشقة الشديدة فى القيام بهذه المصلحة الضرورية المتعلقة بالدين ، وذلك بأن يقوم المكلف بالصلاة على الوجه الذى لا يدخل عليه الضيق والحرج الذى قد يمنعه من إقامة الضرورى نفسه .

ولذلك يمثل الشاطبى لقاعدة الاستحسان فى العبادات بالرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر ، وفى العادات بإباحة الصيد ، وفى المعاملات بالقراض والمساقاة والسلم ، وفى الجنايات بالحكم باللوث والتدمية والقسامة وضرب الدية على العاقلة ، وتضمين الصناع .

فان الأصل فى كل هذه المسائل المنع ، ولكن اتباع هذا الأصل إلى نهايته دون نظر إلى ما يؤول إليه ، من فوات مصلحة أهم ، أو حدوث مفسدة أعظم ، يدخل على المكلفين الحرج والمشقة التى قصد الشارع رفعها ، وذلك فى قاعدة الحاجيات .

ثانيا — تعريفات الاستحسان :

عرف شيوخ المالكية الاستحسان فى مذهب مالك بتعريفات عديدة نذكر منها ما يلى :

١ — تعريفات ابن العربى :

(ا) عرف ابن العربى الاستحسان بأنه : « ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص ، لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته ، ثم جعله أقساماً : فمنه ترك الدليل للعرف ، كرد الأيمان إلى العرف ، وتركه المصلحة ، كتضمين الأجير المشترك ، أو تركه للإجماع ، كإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضى . وتركه فى اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق ، كإجازة التفاضل اليسير فى المراطلة الكثيرة ، وإجازة بيع وصرف فى اليسير »[1] .

(ب) وعرفه فى أحكام القرآن فقال « الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان ، من ظاهر أو معنى . ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ، ويريان معاً تخصيص القياس ونقض العلة ، ولا يرى الشافعى لعلة الشرع إذا ثبتت تخصيصاً »[2] .

٢ — تعريف ابن رشد :

عرف ابن رشد الاستحسان الذى يكثر استعماله حتى يكون أعم من

---

(١) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٨ ، الاعتصام ج٢ ص ١٣٩ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربى . نقله الشاطبى فى الموافقات ج ٢ ص ١٤٠ .

القياس فى مذهب مالك فقال : « هو ما يكون طرحاً لقياس يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضع »[١].

٣ — وحده غيرهما من المالكية بأنه : « استعمال مصلحة جزئية فى مقابلة قياس كلى — قال — فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس »[٢].

٤ — ويرى الشاطبى أن الاستحسان المالكى « معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس »[٣].

ثالثاً — خلاصة هذه التعريفات :

والخلاصة التى تؤخذ من هذه التعريفات ما يأتى :

١ — أن الاستحسان عند المالكية لا يرجع إلى دليل العقل وحده ، ويؤكد ذلك ما يأتى :

(أ) قول ابن العربى إن الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض بهً فى بعض مقتضياته ، فترك الدليل ليس تشريعاً بالرأى ، بل لدليل أقوى منه يعارضه فى بعض مقتضياته ذلك الدليل قد يكون الإجماع ، وقد يكون العرف ، وقد يكون المصلحة المرسلة ، وقد يكون قاعدة رفع الحرج والمشقة التى شهدت نصوص الشريعة بقطعيتها . فإذا كان هناك دليل يفيد العموم من نص أو قياس ، ثم عارض هذا العموم دليل من الأدلة المذكورة ، فإن هذه الأدلة تخصص هذا العموم ، أو يترك بها القياس ، وهذا هو الشأن فى تعارض الأدلة فى باب التعارض والترجيح .

---

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٩ .

(٢) السابق ص ١٣٩ .

(٣) الموافقات جـ ١ ص ٤٠ .

(ب) ولذلك يقول الشاطبي : « وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبي حنيفة فليس بخارج عن الأدلة ألبتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها بعضاً ويخصص بعضها بعضاً ، كما فى الأدلة السنية مع القرآنية ، ولا يرد الشافعى مثل هذا أصلا ، فلا حجة فى تسميته استحساناً لمبتدع على حال »[1] .

(ج) يقول الشاطبي إن الاستحسان عند مالك « الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى ، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما يرجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى فوات مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك » .

فهذا صريح فى أن الاستحسان هو استدلال بالمصلحة المرسلة التى شهدت نصوص الشريعة لجنسها بالاعتبار ، وذلك فى مقابلة القياس بمعنى القاعدة العامة أو الأصل ، لا بمعنى القياس الجزئى .

فإذا كان القياس — بمعنى القاعدة العامة أو الأصل — المنع من الغرر فى المعاملات جملة ، فإن المصلحة المرسلة تقضى بأن الغرر اليسير فى البيع لا يؤثر ، وذلك لأن فى إبطال البيع مع الغرر كثيره ويسيره ، سداً لباب البيع جملة وهو ضرورى ، وفى المنع منه مشقة شديدة ، والشريعة شاهدة بمنع الحرج والمشقة من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أصل البيع ضرورى أو حاجى ، ونفى الغرر مكمل لهذا الضرورى أو الحاجى ، وقد شهدت نصوص الشريعة بأن المصلحة التكميلية إذا عادت على الأصل بالبطلان أهملت . فهذا يقضى بترك القياس أو العموم لما يؤدى إليه من الحرج فى بعض مقتضياته . وأخيراً فإن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدى إلى

---

(١) الاعتصام ج٢ ص ١٣٩ .

عدم تحصيل المصلحة المقصودة من هذا النص نفسه ، إذ منع الغرر جملة يسد باب البيع وهو المصلحة الأصلية ، وإذا فاتت المصلحة الأصلية ، فاتت المصلحة المكملة قطعاً ، لأنها مع المصلحة الأصلية كالصفة مع الموصوف وإذا فات الموصوف فاتت الصفة ، بخلاف ما إذا فاتت الصفة فإن الموصوف يبقى .

(د) أرجع الشاطبي الاستحسان إلى أصل كلى مأخوذ بطريق الاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة فقال : « كل أصل كلى لم يشهد له نص معين ... ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذى اعتمده مالك والشافعى ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين . . . وكذلك أصل الاستحسان على رأى مالك يبنى على هذا الأصل ، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس »[1] .

وهذا يدل على أن قاعدة الاستحسان قاعدة قطعية مأخوذة من مجموع النصوص الشرعية بطريق الاستقراء ، فالعمل بها والتفريع على أساسها ، والرجوع إليها عمل بمجموع نصوص شرعية ، وليس عملا بالرأى ، ولا تشريعاً بالهوى ، ولا تركا للنصوص بمصلحة يراها العقل أو يميل إليها الطبع ، فهى قاعدة ترقى إلى عام الكتاب والسنة مادامت مأخوذة من استقراء نصوصهما والعام كما يؤخذ من الصيغة يؤخذ من استقراء النصوص الشرعية كما سبق غير مرة .

(ﻫ) يقول الشاطبي بعد ذكر أمثلة للاستحسان : « فهذا يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة إلا أنه نظر فى لوازم الأدلة ومآلاتها » .

---

(١) الموافقات جـ ١ ص ٣٩ .

(و) قول ابن العربي : « إن الاستحسان يرجع إلى العمل بأقوى الدليلين » يفيد ، بل يقطع أن الذى يستحسن لا يستحسن بمجرد الذوق والتشهى ، وإنما يأخذ دليلا أقوى فى نظره من استمرار العموم أو اطراد القياس .

٢ — بعض المالكية كابن العربي يجعل للاستحسان معنى واسعاً بحيث يدخل تحته العمل بأى دليل يعارض عموم النص أو اطراد القياس . ولذلك يقسمه إلى استحسان بالعرف ، وبالإجماع ، وبقاعدة المصلحة المرسلة ، وبقاعدة نفى الحرج والمشقة .

(ا) فأما ترك العموم للعرف فقد مثل له بما ثبت عن مالك رضى الله عنه من أن مذهبه أن يترك الدليل للعرف ، فإنه رد الأيمان للعرف ، فلو حلف لا يدخل بيتاً ، فإن قياس اللفظ لغة يقتضى الحنث بالدخول فى كل موضع يسمى بيتاً لغة ، ومنه المسجد ، إلا أن مالكا استحسن تخصيص العموم المستفاد من اللغة بالعرف والعادة فى الاستعمال ، فقال بعدم الحنث بدخول المسجد لأنه لا يسمى بيتاً فى عرف التخاطب .

(ب) وأما ترك الدليل للمصلحة فقد مثل له بتضمين الأجير المشترك فإن الأصل فى الأجير المشترك أنه أمين ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدى ، إلا أن مالكا استحسن ترك هذا الأصل لما فسدت الذمم وغلب على الأجراء التعدى والخيانة ، فكان هذا الغالب هو الذى جعل مالكا يضع الأجير فى مركز المدعى الذى لا تقبل دعواه الهلاك دون بينة ، مع أن الأصل عندما كان الدين مسيطراً على النفوس أن الأجير يعد مدعى عليه لأن الظاهر يشهد له ، وكان يقبل قوله فى التلف دون بينة . وبذلك يكون مالك رضى الله عنه بتضمينه الأجير المشترك قد استثنى هذه الصورة من القاعدة بالمصلحة .

(ج) وأما ترك الدليل للإجماع فقد مثلوا له ، بإيجاب القيمة على من

قطع ذنب بغلة القاضى . فإن هذا الحكم يعد استثناء من القواعد العامة . وذلك لأن القواعد تقضى بأن يغرم المعتدى قيمة ما ينقص باعتدائه من قيمة العين الواقع عليها العدوان ، فلو ضرب دابة فعرجت ، فإن القواعد العامة تقضى بأن عليه قيمة ما نقصه الضرب خاصة ، ووجه الاستحسان الذى كان سند الإجماع أن بغلة القاضى تتخذ عادة للركوب لا لغرض آخر ، فقطع الذنب يفوت مصلحتها كلها بالنظر إلى هذا الوجه من وجوه الاستعمال الخاص ، فهى كالعدم بالنسبة إلى القاضى ، فكأنه فوتها عليه ، ولما كان التعويض هو جبر الضرر الحاصل لصاحب العين المعتدى عليها ، فإن الضرر الذى أصاب القاضى من قطع ذنب بغلته هو قيمة الدابة كلها .

(د) وأما ترك الدليل لقاعدة رفع الحرج والمشقة ، وهى قاعدة قطعية فى الدين كما سبق ، فقد مثل له بترك مقتضى الدليل فى التافه اليسير ، وذلك رفعاً للمشقة وإيثاراً للتوسعة على الخلق ، فقد أجاز المالكية دخول الحمام من غير تقدير أجرة ، ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل والأصل فى كل هذا المنع ، ولكنهم قالوا : « إن هذه الأشياء إن لم تكن مقدرة بالعرف فإنها تسقط بالضرورة ، وهناك قاعدة فقهية ، وهى أن نفى الغرر جملة فى العقود لا يقدر عليه ، وهو يضيق أبواب المعاملات ، وهو إنما يطلب تكميلا ورفعاً لما عسى أن يقع من النزاع ، فهو إذن من المكملات ، والمكملات إذا أدى اعتبارها إلى إبطال أصل المصالح سقطت جملة ، تحصيلا للمهم ، فوجب أن يسامح فى بعض أنواع الغرر التى لا ينفك عنها البيع غالباً ، إذ لو طلب من المكلف الانفكاك عنها لشق عليه ذلك . . . فإذا قل الغرر وسهل الأمر وانعدم النزاع ، ومست الحاجة إلى المسامحة فلا بد من القول بها . ومن هذا القبيل مسألة التقدير فى ماء الحمام ومدة اللبث .

وقد أمعن مالك فى هذا الباب وبالغ فيه فجوز أن يستأجر الأجير

بطعامه وإن كان غير مقدر ، وذلك لأن الغرر فيه يسير يتسامح فى مثله، ولا يؤدى إلى النزاع غالباً ، وفرق بين تطرق يسير الغرر إلى الأجل فأجازه، وبين تطرقه للثمن فمنعه ، فقال يجوز للإنسان أن يشترى سلعة إلى الحصاد ، ولو باع سلعة بما يقارب الدرهم لا يصح ، والسبب أن الأثمان لا يتسامح فيها ، ولا يترك تقديرها إلى العرف فى الغالب ، بخلاف الأجل فإن الدائن قد يتسامح فى الأجل الأيام ولا يسامح فى الثمن .

فنى كل هذه الأمثلة نرى أن معنا فرعاً كان يمكن إرجاعه إلى القواعد فى الظاهر ، ويحكم عليه بمثل ما حكم به فى نظائره ، ولكن لما كان إرجاعه إلى هذه العمومات والقواعد يفوت مصلحة شهدت لجنسها نصوص الشرع، أو يخالف قاعدة رفع الحرج والمشقة ، أو على خلاف إجماع أو عرف ، عدل عن إدخاله تحت عموم الدليل وأعطى حكماً يحقق المصلحة ويمنع الحرج أو يتفق مع العرف والإجماع .

إلا أن بعض المالكية يقصر الاستحسان على نوع واحد ، وهو ترك مقتضى الدليل للمصلحة ، أو تقديم الاستدلال المرسل على القياس بمعنى القاعدة . وذلك كما فعل الشاطبي نفسه ، وما حكاه عن بعض المالكية من أن الاستحسان هو استعمال مصلحة جزئية فى مقابلة قياس كلى ، وبذلك يخرج الاستحسان بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج ، ولكن قاعدة رفع الحرج والمشقة راجعة إلى مصلحة مرسلة شهدت نصوص الشريعة لها ، كما أن العرف يمكن إرجاعه إلى المصلحة أيضاً من حيث إن عدم اعتبار عرف الناس وعاداتهم فى المعاملات يؤدى إلى حرج ومشقة شديدة ؛ وأما الإجماع فى المثال المذكور ، فإن سنده المصلحة أيضاً .

وعلى هذا لا يكون هناك فرق بين التعريفات التى ذكرت للاستحسان ، فالذى قسمه أقساماً أربعة فصل ما أجمله من قصره على ترك الدليل للمصلحة .

وأما تفسير القرافى للاستحسان بأنه طرح قياس يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه ،فيعدل عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضع ، فإنه يحتمل أن يقصد بذلك المعنى الذى كان لأجله طرح القياس المصلحة المرسلة خاصة ، كما يحتمل أن تكون هى أو العرف أو الإجماع أو دفع الحرج والمشقة ، فإذا كان القياس يقضى بمنع الغرر جملة ، فإن إجراء هذا القياس إلى نهايته يؤدى إلى القول بالمنع من بيع كثير مما جاز بيعه وشراؤه كبيع الجوز واللوز فى قشرها ، وكذلك بيع المغيبات فى الأرض .كلها ، بل يمتنع كل ما فيه شىء مغيب كالديار والحوانيت المغيبة الأسس والأنقاض وما أشبه ذلك مما لا يحصى ولم يأت فيه نص بالجواز ومثل هذا لا يصح فيه القول بالمنع أصلا لأنه يؤدى إلى التضييق والحرج والمشقة الشديدة .

فهنا يقال : إن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه ، ومن ثم نحكم بأن القياس لا يطرد بالنسبة للضرر اليسير الذى يتسامح فيه الناس غالباً ولا يؤدى إلى النزاع ، والمعنى الذى لأجله طرح هذا القياس والذى يختص بهذا الموضع هو رفع الحرج والمشقة والتوسعة على الخلق يترك مقتضى الدليل فى اليسير .

فالمجتهد يجد أمامه عموم نص أو قياس ، ويجد أن العموم إذا استمر ، والقياس إذا اطرد ، فإن هذا يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه فى بعض المواضع ، ومعنى الغلو والمبالغة هو إلحاق الحرج والعنت والمشقة بالناس ،

وعند ذلك يطرح المجتهد هذا القياس فلا يجريه فى هذا الموضع ، دفعاً لهذا الحرج ومنعاً لهذه المشقة ، وهو إعمال لقاعدة الحاجيات فى الضرورات كما سبق ولذلك جاء عن مالك : « إن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة »(١) .

والخلاصة أن الاستحسان عند المالكية ليس بخارج عن الأدلة الشرعية ، وإنما هو عمل بدليل شرعى ، فى مقابلة دليل شرعى آخر ، والأدلة الشرعية يقيد بعضها بعضاً ويخصص بعضها بعضاً ، كما فى الأدلة السنية مع القرآنية ، وبذلك يخرج الاستحسان المالكى عن أن يكون ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل انقدح فى نفس المجتهد تقصر عبارته عنه . فلقد رأينا علماء المالكية يحكون مذهب مالك فى الاستحسان بأنه ترك لمقتضى الدليل بدليل شرعى آخر ، قد يكون هو المصلحة ، وقد يكون هو قاعدة رفع الحرج والمشقة ، وقد يكون الإجماع أو العرف . بل إن ابن العربى يصرح بأن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين ، وأن العموم إذا استمر والقياس إذا أطرد فإن مالكا يرى تخصيصه بالمصلحة . وحيث إن المصلحة المالكية ترجع إلى جنس اعتبره الشارع فى الجملة ، فإنه لا مانع من العمل بهذه المصلحة ولو كانت فى مقابلة عموم أو قياس ، إذ المقابل لهذا العموم أو القياس فى الحقيقة هو النصوص الكثيرة التى شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار .

المطلب الثانى

دليل قاعدة الاستحسان

قلنا إن الفقه المالكى يعتبر فقه القواعد العامة والأصول الكلية .
وقلنا إن هذه القواعد وتلك الأصول لابد أن تكون قطعية .

ولما كانت الأدلة العقلية — وهى التى تفيد القطع — لا تستقل بالدلالة

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٢٨ .

فى هذا العلم[١] كان طريق القطع هو الاستقراء[١]).

وبناء على هذا ، فإن قاعدة الاستحسان باعتبارها دليلا فقهياً قاعدة قطعية أخذ معناها من جملة أدلة تضافرت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع ، وأنها بذلك تكون عاماً استقرائياً فى درجة العموم المستفاد من الصيغة ، يطبق على كل نازلة تعن ، ويحكم عليها ، وإن كانت خاصة ، بالدخول تحته كما تقرر ذلك غير مرة .

ولقد عرض الشاطبي الأدلة الشرعية التى يفيد مجموعها القطع باعتبار الشارع قاعدة الاستحسان فقال :

« وله فى الشرع أمثلة كثيرة ، كالقرض مثلا ، فإنه ربا فى الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيح لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقى على أصل المنع لكان فى ذلك ضيق على المكلفين. ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فإنه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المعرى والمعرى ، ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة لمنع الإعراء ، كما أن ربا النسيئة لو امتنع فى القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه . ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمشقة ، وجمع المسافر ، وقصر الصلاة والفطر فى السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الترخصات التى على هذا السبيل ، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل فى تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضى منع ذلك ، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعى هذا المآل إلى أقصاه ، ومثله الإطلاع على العورات للتداوى ، والقراض والمساقاة ، والسلم ، وإن كان الدليل العام يقتضى المنع » ثم قال : « هذا نمط من الأدلة

---

(١) راجع الموافقات ج ١ ص ٣٠٥ ، ص ٨٧ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣٦ .

على صحة القول بهذه القاعدة ، وعليها بنى مالك وأصحابه»(١).

هذه هى الأدلة المأخوذة من نصوص الكتاب والسنة والتى تفيد فى مجموعها أن الشارع يعتبر قاعدة الاستحسان ويفرع الأحكام على أساسها. ففى الأدلة السابقة نجد القرض والعرية والقراض والمساقاة فيها تخصيص للدليل العام الذى يقضى بالمنع بمصلحة جزئية هى رفع الحرج والمشقة . وبذلك تكون قاعدة الاستحسان من قبيل العام الاستقرائى الذى يجرى فى قوة الاستدلال به مجرى العموم المستفاد من الصيغة ويطبق هذا العموم الاستقرائى على كل فرع غير منصوص على حكمه ، ويتحقق فيه مناط هذا العام . وفى ذلك يقول الشاطبى : «إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار المستقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه ؟»(٢).

وعلى هذا الأساس فإن إعمال تلك القاعدة إعمال للنصوص الشرعية التى أخذت فى استقرائها ، وأن المجتهد إذا خص عموم نص بمصلحة ، أو قدم مصلحة على قياس ، فإنما يطبق نصوص الشريعة التى تجعل هذا التخصيص أو التقديم قاعدة راعاها الشارع ، وفرع الأحكام على وفقها ، والتفت إليها فى تشريعه .

فإذا كان الأصل أن الأجير لا يضمن ، وكان فى إعمال هذا الأصل ، فى حالة ما إذا تغيرت الأحوال وفسدت الذمم وأصبح الغالب على الأجراء

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) الموافقات جـ ٣ ص ٣٠٤ .

الخيانة ، إلحاق مشقة شديدة بمن يحتاجون إلى استئجار غيرهم للقيام على بعض الأعمال التي يعجزون عنها — وذلك لأنهم بين أمرين : إما أن يتركوا الاستئجار بالكلية ، وفى هذا مشقة عظيمة تأباها قواعد الشريعة السمحة ومبادئها الرحيمة ، وإما أن تضيع الأموال ولا يمكن استخلاصها ، إذا صدق الأجراء فى دعوى الهلاك والتلف دون إقامة بينة على هذا التلف والهلاك — أقول إذا كان فى إعمال هذا الأصل الوقوع فى الحرج بفوات أموال الناس فإن المجتهد يحكم بالتضمين ، وينقل عبء إثبات التلف دون تعد أو تقصير على عاتق الأجير . فلا يصدق فى دعواه حتى يقيم البينة على ذلك .

والمجتهد إذ يفعل ذلك فإنما يطبق قاعدة عامة وأصلا كلياً شهدت له نصوص الشريعة بالاعتبار . أو بعبارة أخرى هو يطبق عاماً استقرائياً مفاده أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد ، وكان فى استمرار هذا العموم أو اطراد القياس ، إلحاق الحرج والمشقة ، فإنه يجوز للمجتهد أن يعمل بالمصلحة فى مقابلة هذا العموم أو يقدمها على هذا القياس .

على أنه يمكن الاستدلال ، من ناحية أخرى ، على أن الاستحسان غير خارج عن الأدلة الشرعية . ذلك أن الاستحسان عمل بأقوى الدليلين أو ترك دليل لدليل آخر أرجح منه . فقد رأينا ابن العربى المالكى يقسم الاستحسان المالكى إلى أقسام أربعة : استحسان بالإجماع فى مقابلة العموم ، واستحسان بالعرف ، واستحسان بالمصلحة المرسلة ، واستحسان بقاعدة رفع الحرج والمشقة . وإذا كان كل من الإجماع والعرف والمصلحة المرسلة وقاعدة رفع الحرج والمشقة أدلة شرعية ، فإن العمل بالاستحسان إذن عمل بالنصوص الشرعية أو بالأدلة المأخوذة من استقراء هذه النصوص .

المطلب الخامس

علاقة الاستحسان بالنص والمصلحة المرسلة

وفى هذا المطلب نبين العلاقة بين الاستحسان والنصوص الشرعية أولا ، ثم علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة ثانياً .

أولا — علاقة الاستحسان بالنصوص الشرعية :

وفى هذا الخصوص نبين اعتماد الاستحسان على النصوص الشرعية ، ونبين قصد شيوخ المالكية من قولهم : إن مالكا يستحسن تخصيص العموم بالمصلحة أو أنه يترك الدليل المصلحة ، وأخيراً نوفق بين قول المالكية إن المصلحة التى تناقض النص تعتبر مصلحة ملغاة ، وبين قولهم فى باب الاستحسان : إنه ترك الدليل للمصلحة ، وأن العموم إذا استمر فإن مالكا يرى تخصيصه بالمصلحة .

١ — اعتماد الاستحسان على النصوص الشرعية :

قلنا إن الاستحسان يرجع إلى النصوص الشرعية من ناحيتين :

أولاهما : أن قاعدة الاستحسان قاعدة مأخوذة من النصوص الشرعية بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، فالعمل بها والبناء عليها عمل بتلك النصوص الشرعية ، وليس قولا بالرأى ولا تشريعاً بالتشهى .

وثانيهما : أن المجتهد فى قاعدة الاستحسان يرجع إلى دليل شرعى مأخوذ هو أيضاً من استقراء نصوص الشريعة ، أما الإجماع والعرف فظاهر أنهما دليلان شرعيان عرفت حجيتهما من نصوص الشريعة وليس العمل بهما رجوعاً إلى الذوق والتشهى . وأما المصلحة المرسلة فقد بينا أنها مصلحة شهدت النصوص الشرعية لجنسها ، وليست مصلحة غريبة يراها

العقل ، ويستحسنها الطبع ، وبذلك يكون الأخذ بهذه المصلحة فى مقابلة القياس ، تقديماً للعمل بالنصوص التى شهدت لجنس المصلحة على القياس بمعنى القاعدة العامة أو الأصل .

وأما الاستحسان بقاعدة رفع الحرج ، فليس خارجاً عن النصوص أيضاً ، فإن قاعدة رفع الحرج فى الدين قاعدة قطعية وعام استقرائى دلت عليه النصوص الشرعية بطريق يفيد القطع ، بل إن العمومات المنصوصة تفيد هذا المعنى .

وفى هذا يقول الشاطبى[1] : « العمومات إذا اتحد معناها ، وانتشرت فى أبواب الشريعة ، أو تكررت فى مواطن بحسب الحاجة من غير تخصيص فهى مجراة على عمومها على كل حال ، وإن قلنا بجواز التخصيص بالمنفصل ، والدليل على ذلك الاستقراء ، فإن الشريعة قررت أن لا حرج علينا فى الدين فى مواضع كثيرة ، ولم تستثن منه موضعاً ولا حالا ، فعده علماء الملة أصلا مطرداً وعموماً مرجوعاً إليه من غير استثناء ولا طلب مخصص ، ولا احتشام من إلزام الحكم به ، ولا توقف فى مقتضاه . وليس ذلك إلا لما فهموا بالتكرار والتأكيد من القصد إلى التعميم التام .

ويقول : « فكذلك إذا فرضنا أن رفع الحرج فى الدين مثلا مفقود فيه صيغة عموم فإنا نستفيده من نوازل متعددة خاصة ، مختلفة الجهات متفقة فى أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر فى السفر ، والجمع بين الصلاتين فى السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذى هو

---

(١) الموافقات ج ٣ ص ٣٠٦ .

أعظم المشقات ، والصلاة إلى أي جهة كانت لعسر استخراج القبلة ، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع ولرفع الضرر . والعفو فى الصيام عما يعسر الاحتراز عنه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج ، فإنا نحكم بمطلق رفع الحرج فى الأبواب كلها ، عملا بالاستقراء فكأنه عموم لفظى . فإذا ثبت اعتبار التواتر المعنوى ، ثبت فى ضمنه ما نحن فيه »(١).

فإذا كان سند الاستحسان والاستثناء من القواعد عند المالكية هو الإجماع أو العرف أو المصلحة المرسلة أو قاعدة رفع الحرج ، فإن العمل به عمل بأدلة شرعية أخذت من استقراء نصوص الشريعة ، فأدلة الإجماع والعرف ترجع إلى النصوص الشرعية دون شك ، وقد تبين أن أدلة قاعدة المصالح ورفع الحرج هى النصوص الشرعية كذلك .

٢ — معنى تخصيص النص وترك القياس بالمصلحة فى عبارات المالكية :

رأينا أن فقهاء المالكية يقررون أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا يستحسن أن يخص بالمصلحة ، وأن الاستحسان ترك مقتضى الدليل المصلحة ورأينا أن المصلحة التى قصدها المالكية هى المصلحة التى ترجع إلى أصل قطعى أخذ من استقراء نصوص الشريعة ، أو المصلحة الملائمـــة التى شهدت نصوص الشريعة لجنسها بالاعتبار . وبذلك يكون التخصيص للعموم بجملة النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، وليس المصلحة المجردة التى يراها العقل .

---

(١) المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٩٩ .

وفى هذا يقول الشاطبي(١) : « قد جاء عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم ، ورواه إصبغ عن ابن القاسم عن مالك ، قال إصبغ فى الاستحسان: قد يكون أغلب من القياس ، وجاء عن مالك أن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة .

وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذى تقدم قبل ، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل ينقدح فى نفس المجتهد ، فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم ، ولا أغلب من القياس الذى هو أحد الأدلة » .

ثم يرد الشاطبي على من عرفوا الاستحسان بأنه: « مايستحسنه المجتهد بعقله ويميل إليه بطبعه » فيقول : « ولا شك أن العقل يجوز أن يرد الشرع بذلك . . . ولكن لم يقع مثل هذا ولم يعرف التعبد به لا بضرورة ولا بنظر ولا بدليل من الشرع قاطع ولا مظنون ، فلا يجوز إسناده لحكم الله ، لأنه ابتداء تشريع من جهة العقل .

وأيضاً فإنا نعلم أن الصحابة رضى الله عنهم حصروا نظرهم فى الوقائع التى لا نصوص فيها فى الاستنباط والرد إلى ما فهموه من الأصول الثابتة ، ولم يقل أحد منهم إنى حكمت فى هذا بكذا لأن طبعى مال إليه ، أو لأنه يوافق محبتى ورضائى ، ولو قال ذلك لاشتد عليه النكير وقيل له : من أين لك أن تحكم على عباد الله بمحض ميل النفس وهوى القلب ، هذا مقطوع ببطلانه . بل كانوا يناظرون ويعترض بعضهم على مأخذ بعض ، ويحصرون ضوابط الشرع . وأيضاً فلو رجع الحكم إلى مجرد الاستحسان لم يكن للمناظرة فائدة ، لأن الناس تختلف أهواؤهم وأغراضهم فى الأطعمة والأشربة واللباس وغير ذلك ولا يحتاجون إلى مناظرة بعضهم بعضاً لم كان هذا الماء أشهى عندك من الآخر ، والشريعة ليست كذلك »(٢) .

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) الاعتصام ج ٢ ص ١٥٠ .

ثم رد على القائلين بأنه دليل ينقدح فى ذهن المجتهد لا تساعده العبارة عنه ولا يقدر على إظهاره فقال : « إنه لو فتح هذا الباب لبطلت الحجج وادعى كل من شاء ما شاء ، واكتفى بمجرد القول فألجأ الخصم إلى الإبطال ، وهذا يجر فساداً لا خفاء له ، وإن سلم ، فهذا الدليل إن كان فاسداً فلا عبرة به ، وإن كان صحيحاً فهو راجع إلى الأدلة الشرعية فلا ضرر فيه »(١)

وهذا يؤكد أن الاستحسان عند المالكية عمل بالأدلة الشرعية المعتمدة على النصوص الشرعية ، وليس عملا بمصلحة يراها المجتهد بعقله ويميل إليها بطبعه ، إذ النظر فى المسائل الشرعية نظر فى أمر شرعى والعقل ليس بشارع كما سبق غير مرة .

٣ — التوفيق بين قول المالكية بإلغاء المصلحة التى تخالف النص ، وقولهم إن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل بالمصلحة .

قال المالكية إن المصلحة المرسلة هى المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، بحيث لا تنافى أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته ، وأن المصلحة المصادمة للنص مصلحة ملغاة ، وفى باب الاستحسان ، نراهم يعرفون الاستحسان بأنه ترك مقتضى الدليل للمصلحة ، ويصرحون بأن العموم إذا استمر فإن مالكا يستحسن تخصيصه بالمصلحة . فهل يعنى هذا التناقض فى عبارات المالكية ، حيث اعتبروا المصلحة فى مقابلة العموم فى باب الاستحسان ، فى حين أنهم ألغوا المصلحة المناقضة للنص فى باب المصلحة المرسلة ؟

لقد رأينا بعض الكتاب المحدثين يصرح بذلك ، ويرمى كتاب الأصول الذين تصدوا لبيان مذهب مالك فى المصلحة بالتناقض ، ثم يقرر أن مذهب

---

(١) المرجع السابق ج ٢ ص ١٥١ .

مالك هو العمل بالمصلحة المناقضة للنص ، وفسر ذلك بقوله : إن المصلحة كما تخصص النص ترفع جميع مدلوله بحيث لا يبقى تحته فرد من الأفراد ، بل وتقدم على النص الخاص الذى ليس تحته إلا فرد واحد فتعطل العمل بهذا النص .

والواقع أنه لا تناقض فى كلام المالكية وذلك للأسباب الآتية :

١ – يشترط كتاب الأصول المالكية فى المصلحة المرسلة الملاءمة لمقاصد الشارع ، ثم يفسرون هذه الملاءمة بكون المصلحة لا تنافى أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله ، ومعنى هذا أن المصلحة إذا ناقضت نصاً شرعياً لم تكن ملائمة لمقاصد الشارع ، إذ كيف يقال إن المصلحة المناقضة لمقاصد الشارع المصادمة لنصوصه مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع؟

وفى باب الاستحسان يقررون أن مالكاً يستحسن أن يخص العموم بالمصلحة ، ويصرحون بأن الاستحسان هو تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، ومعنى هذا أن المصلحة التى تقدم على القياس والعموم هى المصلحة الملائمة ، بمعنى أنها لا تنافى أصلا من أصول الشرع ولا تناقض دليلا من أدلته ، وهذا يدل على أنهم يقصدون بالعموم والقياس الذى يخص بالمصلحة فى باب الاستحسان ، العموم والقياس بمعنى تحقيق المناط لا بمعنى الدليل أو النص الشرعى ، ففى تضمين الأجير المشترك ، وهو مثال تخصيص العموم بالمصلحة لا نجد نصاً يشمل بعمومه عدم التضمين ، إذ أن مناط الضمان هو التعدى للنص : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وهذا النص يقرر حكماً موضوعياً لا كلام فيه ، وإنما الكلام فى إثبات هذا العدوان . وهنا نجد نصاً آخر هو « البينة على المدعى » ، وقد كان تطبيق مناط هذا الدليل يقضى بعدم الضمان على الأجير المشترك إذا ادعى الهلاك ، لأن الظاهر يشهد له فهو مدعى عليه . ولكن تركنا هذا العموم محافظة على الأموال وقلنا إنه مدع ، إذا غلب على الصناع التعدى

والتقصير إذ الظاهر يشهد لرب السلعة فى هذه الحالة ، فكان مدعى عليه والأجير مدع ، فالكلام إذن فى دليل تحقيق المناط وليس فى نص شرعى قدم العمل بالمصلحة المرسلة عليه .

وفى هذا يقول الشاطبى[1]: « اعلم أن كل مسألة تفتقر إلى نظرين : نظر فى دليل الحكم ، ونظر فى مناطه ، فأما النظر فى دليل الحكم فلا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما . وأما النظر فى مناط الحكم ، فإن المناط لا يلزم أن يكون ثابتاً بدليل شرعى فقط ، بل يثبت بدليل شرعى أو بغير دليل » .

فإذا ثبت أن مناط الضمان هو التعدى ، وأن البينة على المدعى ، ثم ادعى الصانع أو الأجير أن السلعة هلكت منه دون تعد أو تقصير فإننا نحقق مناط الحكم الشرعى فى هذه الحالة . فمن يقول بالضمان يؤسسه على أن مناط الضمان هو التعدى ، وأنه لما كانت البينة على المدعى ، ولما كان المدعى هو من لا يشهد له أصل أو ظاهر أو عرف أو عادة ، وكان الصانع يدعى خلاف الغالب — إذ الغالب على الصناع التعدى والتقصير — كان مدعياً ، فلا تقبل دعواه الهلاك ، بل يضمن السلعة حتى يقوم الدليل على أن الهلاك لم يكن بتقصير منه .

ومن يرى أنه غير ضامن ، بنى هذا على أن الأصل فى الصانع الأمانة ، فإذا ادعى الهلاك فإن الأصل يشهد له ، وإذا كان الأصل يشهد له ، كان مدعى عليه وعلى صاحب السلعة أن يقدم الدليل على التعدى أو التقصير .

فالأمر لا يتعلق بالدليل الشرعى ولا بالحكم المأخوذ منه ، فالحكم الشرعى ثابت لا يتغير ولم نخصصه بهذه المصلحة ، فإن القائل بالتضمين والنافى له مقر بأن الحكم الشرعى أن مناط الضمان هو التعدى ، وأن

---

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ١٦١ .

الحكم الشرعى المتعلق بالإثبات هو أن البينة على المدعى ، والخلاف بينهما إنما هو فى تحقيق مناط هذا الحكم الشرعى ، ومرجع هذا الخلاف أمور خارجة عن أصل الحكم الشرعى ، وذلك كالأصل والغالب ، والعرف والعادة .

فإذا قال المالكية إن تضمين الأجير المشترك استحسان أساسه المصلحة ، وأنه ترك لمقتضى الدليل لهذه المصلحة فإنهم لا يقصدون بالدليل النص المقرر للحكم الشرعى ، فإن هذا لا يترك ، وإنما يقصدون بالدليل دليل تحقيق المناط . وهذا يسميه المالكية دليلا أيضاً . يقول الشاطبى : « إن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية » ، ويعنى بذلك الدليل المستفاد من تحقيق المناط .

وبالمثل ، إذا قلنا إن ترك الدليل فى التافه اليسير يعد استحساناً بقاعدة رفع الحرج ، فإننا لا نقصد بالدليل النص الذى أفاد الحكم الشرعى ، والذى ترك إيثاراً للتوسعة ورفع الحرج ، وإنما نقصد تحقيق مناط الدليل الشرعى ، فالحديث ورد بالنهى عن الغرر مطلقاً ، فاحتاج مالك إلى استنباط مناط هذا الحديث ، ثم تحقيق هذا المناط فى الوقائع التى ليس فيها نص حكم للشارع فقال : « ليس المراد من الحديث نفى كل ما يطلق عليه غرر لغة ، لأنه قد ثبت عن الشارع جواز بيع الجوز واللوز والدور المغيبة الجدران ، وفى كل هذا ضرب من الغرر ، وإنما المقصود من الغرر فى الحديث : الغرر الذى يؤدى إلى التنازع ولا يتسامح فيه غالباً ، وبذلك أجاز الغرر اليسير الذى لا يؤدى إلى التنازع ويتسامح فيه غالباً . وللأصوليين قاعدة مضمونها أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيمه فى النص بالإخراج منه والزيادة عليه »[1] .

وعلى هذا فإذا قلنا إن مالكا يرى ترك الدليل فى يسير الغرر إيثاراً

---

(١) الموافقات ج ١ ص ٨٩ .

للتوسعة ورفعاً للحرج فمعناه أنه يترك وجهاً من وجوه تفسير النص إلى وجه آخر للمصلحة ، وليس فيه ترك للنص ، أو تخصيصه بمصلحة مجردة كما فهم البعض .

وبالمثل فإن إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي ليس عملا بالإجماع أو المصلحة المخالفة للنص الشرعي، فالنص الشرعي يقضي بأن على المعتدى جزاء اعتدائه ، يقول تعالى: « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فهذا النص يفيد أن على المعتدى أن يعوض المعتدى عليه عن الضرر الذى أصابه فى ماله نتيجة اعتدائه ، فإذا فاتت العين بالكلية فلمالكها طلب القيمة اتفاقاً ، أما إذا أدى الاعتداء إلى نقص يسير منها ، فليس له طلب القيمة كلها ، بل ما يقابل النقص . ثم اختلفوا فيما إذا كان الاعتداء مفوتاً لمنافع العين المقصودة : فمالك يلحق حالة ما إذا ذهب جل منفعة العين ، كقطع ذنب بغلة القاضي ، بما إذا ذهبت العين بالكلية ، لأنه يرى أن مناط الضمان هو الضرر الذى أصاب المالك شخصياً ، وذلك بحسب الاستعمال المعدة له العين المعتدى عليها ، وهذا استثناء من القاعدة عنده وهى أن الشخص لا يلزم إلا بقيمة التالف .

والخلاصة أن النص قد دل على قاعدة مضمونها أن المعتدى يلزم بضمان ما أتلفه . وعند تطبيق هذه القاعدة على حالة ما إذا أدى الاعتداء إلى ذهاب جل منفعة العين كقطع ذنب بغلة القاضي نرى أن الفقهاء يختلفون : فيرى المالكية أنه يضمن الجميع ، ويقول الشافعي وأحمد ليس له إلا ما نقص ، ويقول أبو حنيفة فى الثوب والعبد كقول المالكية فى الأكثر ، فإذا ذهب النصف أو الأقل باعتبار المنفعة عامة فليس له إلا ما نقص .

وهذا الخلاف لا يرجع إلى الحكم الشرعي الذى دلت عليه النصوص ، وإنما إلى تطبيق مناط هذا الحكم ، ففى قطع ذنب بغلة القاضي ، يرى المالكية أن الجاني ملزم بتعويض القاضي عن الدابة كلها ، لأن قيمة الدابة كلها قد

فاتت ، لأن الغرض منها الركوب وقد فات هذا الغرض ، ويرى غيره أن الدابة لم تفت كلها لأنه يمكن الانتفاع بها بحسب الغرض العام ، لا بحسب الاستعمال الخاص .

فالكل متفق على أن على الجانى قيمة ما فات على صاحب العين ثم يختلفون بعد ذلك. فبينما يرى مالك أن الفائت هو كل القيمة بحسب الاستعمال الخاص والغرض المعين ، يرى غيره أن الفائت هو البعض ، وذلك بحسب الاستعمال العام، وهو من باب تحقيق مناط الحكم لا من باب تخصيص دليل الحكم . وأما فى بغلة غير القاضى فإن الفائت هو بعض القيمة لا كلها لأنه بعد القطع يمكنه الانتفاع بها فى الحمل وغيره .

فبالنظر إلى القاعدة العامة التى توجب أن المعتدى يضمن قيمة النقص فقط ، سمى المالكية الاستثناء الذى يوجب ضمان جميع القيمة فى هذه المسألة استحساناً .

ثانيا — علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة :

قلنا إن المصلحة المرسلة هى المصلحة التى لم يشهد لها نص معين بالاعتبار ولا بالإلغاء ، وإنما شهدت النصوص لجنسها ، وإذا كان الاستحسان هو العمل بمصلحة فى مقابلة عموم أو قياس فإنه يكون كل استحسان فيه عمل بمصلحة مرسلة ، ويفترق عن المصلحة بأنه عمل بهذه المصلحة فى مقابلة عموم أو قياس ، فى حين أنه فى المصلحة المرسلة لا نجد هناك عموماً أو قياساً تعتبر المصلحة استثناء منه .

ويمثل المالكية بأمثلة واحدة للمصالح المرسلة والاستحسان كما فعلوا فى تضمين الصناع ، فإن الشاطبى مثل به للمصالح المرسلة ثم مثل به للاستحسان، وذلك بالاعتبار ، فمن حيث إن تضمين الصناع مصلحة لم يشهد نص شرعى لعينها وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع وعلمت ملاءمته لتصرفاته من

مجموع نصوصه ، تسمى مصلحة مرسلة ، ومن حيث إن هذه المصلحة على خلاف قاعدة عامة سميت استحساناً ، وفى ذلك يقول الشاطبى عندما مثل للاستحسان بالمصلحة بتضمين الأجير المشترك :

« فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان ، قلنا نعم . إلا أنهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسلة . ومثل ذلك يتصور فى مسألة التضمين ، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية . فصار تضمينهم فى حيز المستثنى من ذلك الدليل فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر »[1] .

وأما من أدخل فى الاستحسان العمل بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج فإن الاستحسان يكون أعم من المصلحة المرسلة ، إذ تكون المصلحة نوعاً من الاستحسان .

الفرع الثالث

قاعدة منع التحيل

نعرف فى هذا الفرع التحيل الذى يقصده المالكية ، ثم نقيم الأدلة على اعتبار الشارع لقاعدة منع التحيل ، وأخيراً نفصل القول فى حكم الفعل المتحيل به مبينين أن هذا الفعل حرام ديانة ، وباطل قضاء إذا ثبتت النية المحرمة وظهر الباعث غير المشروع ، رادين بذلك زعم بعض الكتاب المحدثين أن أحداً من الأئمة لم يقل ببطلان الفعل المتحيل به قضاء حتى إذا ثبت القصد المحرم وظهر الباعث غير المشروع .

---

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ١٤١ .

المطلب الأول

تعريف التحيل

وسوف أذكر تعريف الشاطبي للتحيل الذى يقول مالك بالمنع منه ، ثم أشرح هذا التعريف مع ضرب الأمثلة التى تعين على فهمه ، وأخيراً أحدد المقصود بالحيل التى منع مالك منها ، وذلك بإخراج محترزات التعريف .

أولا — تعريف الشاطبي للحيل :

يعرف الشاطبي التحيل فيقول إن حقيقته المشهورة هى : « تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعى ، وتحويله فى الظاهر إلى حكم آخر ، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة فى الواقع ، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة ، فإن أصل الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً فإن كل واحد منهما ظاهر أمره فى المصلحة أو المفسدة . فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة . وهو مفسدة . ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية »[1] .

ثانيا — شرح التعريف :

وعلى هذا ، فالتحيل هو فعل سبب أو اتخاذ وسيلة صحيحة فى الظاهر ، لقلب الأحكام الثابتة شرعاً ، وبيان ذلك أن الله أوجب أشياء وحرم أخرى ، إما مطلقة من غير قيد ولا ترتيب على سبب ، كإيجاب الصلاة والحج والصوم ، وحرمة الزنا والربا والقتل وأكل مال الغير ظلماً ، أو كان ذلك الإيجاب أو تلك الحرمة مرتبة على سبب ومتوقفة على شرط ،

---

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

وذلك كإيجاب الزكاة والكفارات والشفعة للشريك ، وكتحريم المطلقة ثلاثاً والانتفاع بالمغصوب والمسروق . فإذا قدم المكلف فعلا مشروعاً فى الظاهر ، قاصداً من ذلك الفعل التوسل به إلى إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه ، أو فى إباحة ذلك المحرم عليه ، بحيث يصير ذلك الواجب غير واجب فى الظاهر ، أو المحرم حلالا فى الظاهر ، فإن هذا التوسل يعتبر تحيلا وحيلة .

فالشارع حرم الربا ، فإذا توسل المحتال إلى تحليل هذا المحرم فى الظاهر وذلك بتقديم عمل ظاهر الجواز ، كأن يكون قصده بيع عشرة نقداً بعشرين إلى أجل ، فجعل العشرة ثمناً لسلعة ثم باعها من البائع الأول بعشرين إلى أجل ، فإن هذا العمل يسمى حيلة وتحيلا ، لأنه قدم عملا ظاهر الجواز ، هو عقد البيع ، بقصد التوسل به إلى إبطال حكم شرعى ، وهو إظهار الحرام فى صورة الحلال .

والشارع حرم قتل النفس ، فإذا توسل القاتل إلى إبطال هذا الحكم ، وذلك بأن يضع لغريمه سبباً مجهزاً كإشراع الرمح وحفر البئر ونحو ذلك ، فإنه يعد بذلك متحيلا على إبطال حكم شرعى ، وهو جعل القتل المحرم غير محرم فى الظاهر ، إذ ظاهر فعله مأذون فيه لأنه مجرد حفر بئر وإشراع رمح .

والشارع أوجب الحج على المستطيع ، وهذا حكم شرعى ، فاذا توافر بالنسبة للمكلف الاستطاعة فإن الحج يجب عليه . فإذا توسل بفعل ظاهر الجواز إلى إبطال هذا الحكم كإنفاق ماله أو هبته بقصد سقوط هذا الوجوب عنه ، فإنه يعد بذلك متحيلا على إسقاط هذا الواجب ، وهو تغيير للحكم الشرعى ، وجعل الواجب غير واجب فى الظاهر .

وإذا توافر النصاب فى حق شخص معين ، فأراد أن يتهرب من وجوب الزكاة أو ينقصها ، فوهب المال ، أو جمع بين متفرقه أو فرق بين مجتمعه بهذا القصد ، فإنه يعد متحيلا لإسقاط الواجب أو إنقاصه ، وهو إبطال

لحكم شرعي وهدم لمقصد قطعي وتفويت لمصلحة معتبرة وإنقاص لحق المساكين .

والفرقة بين الزوج وزوجته أمر مخالف لمقاصد الشارع ، إذا لم يوجد سبب يدفع الزوج إلى إيقاع هذه الفرقة ، فإذا تحيلت الزوجة بفعل مشروع في الظاهر ، كإرضاع ضرتها ، لتحريم الضرة على زوجها ، فإن هذا العمل يعد تحيلا ، لأنه تحريم للحلال ، بفعل ظاهر الجواز .

وليس للوارث حق في وصية عملها مورثه ، حفظاً على العدالة بين الورثة ، فإذا تحيل المورث بفعل ظاهر الجواز ، كأن يقر بدين للمورث ، فإنه يعد متحيلا على إبطال حكم شرعي ، هو بطلان الوصية للوارث .

وعلى الجملة فإن التحيل يتحقق في حالة ما إذا كان المحتال يهدف إلى غاية محرمة . ويرمي إلى مقصد يناقض قصد الشارع من إبطال حق أو إسقاط واجب أو تحليل محرم ، أو تحريم حلال ، ولكنه لم يتخذ الوسائل التي وضعت مؤدية في العادة لهذا المحرم ، ولكن توسل إلى قصده المحرم وغايته غير المشروعة بفعل مشروع في الأصل قصد الشارع من شرعه تحقيق مصلحة خاصة لم تكن هي قصد المتحيل ، وإنما كان قصده ما يناقض قصد الشارع . فعقد الهبة عقد ظاهر الجواز إذ الأصل فيه المشروعية لما يترتب عليه من مصالح كثيرة ، هي الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له والتوسعة عليه غنياً كان أو فقيراً ، وجلب مودته ومحبته . ورفعاً لرذيلة البخل لدى الواهب . فلو أن الواهب قصد بالهبة هذه المصالح لكانت هبة مشروعة ، لأن قصده في العمل وقع موافقاً لقصد الشارع من التشريع . ولكن المتحيل ابتغى بهذا العمل غير ما وضع له ، حيث قصد منه الفرار من دفع الزكاة . وهذا القصد فيه مناقضة لمصلحة الإرفاق والتوسعة ، وتقوية لرذيلة الشح والبخل .

وكذلك عقد النكاح قصد الشارع منه تكوين الأسر ، وإنجاب الولد والسكن والمودة والرحمة . فإذا عقد المحلل زواجاً بقصد التحليل للزوج الأول وليس في نيته أن يكون أسرة ولا أن يتعاون مع زوجه على

تربية الولد فإن قصده ذلك يعد مناقضاً لقصد الشارع . إذ مقاصد الشارع من الزواج تقتضى العشرة الدائمة والتعاون بين الزوجين على أعباء الحياة وهو لم يقصد بعقد الزواج شيئاً من هذه المصالح .

ولذلك قلنا إنه لا يمكن أن يتحقق التحيل إلا إذا كان قصد المتحيل أن يهدم أصلا شرعياً أو مصلحة معتبرة . وفى هذا يقول الشاطبى[1] : « فإذا ثبت هذا . فالحيل التى تقدم إبطالها والنهى عنها ما هدم أصلا شرعياً وناقض مصلحة شرعية فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلا شرعياً ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخلة فى النهى . ولا هى باطلة .

ويقول:[2] « لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد . كانت الأعمال معتبرة بذلك ، لأن مقصود الشارع فيها كما تبين . فإذا كان الأمر فى ظاهره وباطنه على أصل المشروعية . فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع ، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور أخر هى معانيها ، وهى المصالح التى شرعت لأجلها، فالذى عمل فى ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات » .

ثالثاً — الإخراج من قيود التعريف :

وإذن يمكننا أن نميز الحيل التى يقصدها الشاطبي عن غيرها بإخراج محترزات التعريف .

١ — فالحيلة كما قلنا تقديم عمل ظاهر الجواز . ومعنى هذا أن العمل المتحيل به ، أو الوسيلة التى قصد بها الوصول إلى هدم المقاصد الشرعية هى وسيلة مأذون فيها فى الأصل أو فى الظاهر ، وذلك لما يترتب على مشروعيتها أو الإذن فيها من المصالح التى يقصدها الشارع . فعقد البيع

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٨٧ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٨٥ .

والهبة والنكاح والإرضاع كل هذه أفعال ظاهرة الجواز والمشروعية لما يترتب عليها من المصالح فليست ممنوعة فى ذاتها وليست أسبابا لمفاسد فى الأصل .

وعلى ذلك. فإذا كانت الوسيلة أو الفعل المتوسل به إلى هدم الأصول الشرعية غير مأذون فيها فإن اتخاذ المتحيل لها وسيلة إلى هدم المقاصد الشرعية ليس من باب التحيل على هذا التعريف . وإن كان أولى بالمنع من الحيل . لأن الحرمة والإثم اجتمعت على هذا الفعل من ناحيتين : من ناحية أنه حرام ومفسدة فى نفسه ومن ناحية أنه قد قصد به مفسدة أخرى لم يكن يؤدى إليها فى الأصل لو لم يقصد به هدم المقاصد الشرعية ومثال ذلك من قصد إلى إسقاط الصلاة بعد دخول وقتها فشرب خمراً حتى يخرج وقت الصلاة وهو فاقد العقل غير مكلف بالأداء فتعاطى الخمر حرام ومفسدة فى نفسه وقد قصد به إسقاط واجب ، فاجتمع على هذا الفعل الإثم من ناحية الوسيلة والقصد .

وكذلك الرجل يريد أن يزنى بالمرأة ، فيتوسل إلى ذلك بإقامة شهود زور على أنه قد تزوجها برضاها فيحكم الحاكم بذلك .فهذا الفعل قد اجتمع فيه الحرام من ناحيتين ، أولاهما : أنه شهادة زور ، وثانيهما : أنه قصد بذلك الزنا .

ولقد قلنا إن الشاطبي يصرح بأن حقيقة الحيل المشهورة التوسل بفعل ظاهر الجواز ، وهو يشير بذلك إلى أن هناك حقيقة غير مشهورة للتحيل ، وهذه يدخل تحتها التحيل بغير المشروع أيضاً. فعلى هذا الاصطلاح غير المشهور يطلق على شرب الخمر لإسقاط الصلاة ، وعلى إقامة شهود الزور بقصد الزنا ، أنه حيلة ، ووجه هذه التسمية أن الفعل وإن كان محرماً فى نفسه إلا أنه جعل وسيلة إلى محرم آخر لم يكن هذا الفعل مؤدياً إليه فى الأصل والظاهر ، فكان حيلة من هذا الوجه ، أى حيلة إلى مقصود محرم ومفسدة ممنوعة غير المفسدة التى تترتب على الفعل لو لم يقصد به ذلك القصد

فشرب الخمر حرام وفيه مفسدة ضياع العقل ، وهى المفسدة الظاهرة فى هذا الفعل ، ولكن قصد إسقاط وجوب الفريضة مفسدة لا يقصد فى العادة للوصول إليها .

وعلى هذا الاصطلاح غير المشهور يعرف الشاطبي التحيل فيقول[1] :

« التحيل بوجه سائغ مشروع فى الظاهر ، أوغير سائغ ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر ، بحيث لايسقط أو لا ينقلب ، إلا مع تلك الواسطة ، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود ، مع العلم بكونها لم تشرع له » .

فعلى هذا التعريف يدخل الفعل غير المشروع فى باب الحيل ، إذا قصد به التوسل إلى إبطال حكم شرعى لم يكن مؤدياً إليه فى الظاهر لولا هذا القصد . والشاطبي قد مثل لهذا النوع من الحيل ، على هذا الاصطلاح غير المشهور . والاصطلاح والتسمية لاتهم مادام الحكم ليس محل خلاف .

وهناك صورة تستحق العناية ، وهى ما إذا كان القصد متفقاً مع قصد الشارع ، وبعبارة أخرى ، أن يكون قصد الشخص أن يتوصل إلى حق ، أو يدفع عن نفسه ظلماً ، ولكنه لا يستطيع الوصول إلى حماية هذا الحق ولا دفع هذا الظلم بالطرق والوسائل المشروعة التى تؤدى الى هذه الحماية فى الظاهر ، فيلجأ إلى فعل غير مأذون فيه فى الأصل لما يترتب عليه من المفسدة ، فهل يدخل هذا فى باب الحيل أم لا ، وإذا لم يدخل فى باب الحيل فما حكم هذا الفعل ؟.

ولنضرب لهذا النوع من الأفعال أمثلة ثم نبين حكمه :

(ا) رجل له دين على آخر ، وليس هناك بينة تثبت هذا الدين ، والمدين

---

(١) الموافقات جـ٢ ص ٣٧٨ .

منكر لحق الدائن ، وكان لهذا المدين وديعة عند الدائن ولا بينة عليها أيضاً ، فطالب المدين الدائن برد الوديعة فأنكرها بقصد الحصول على حقه دون زيادة أو نقصان .

ففي هذا المثال نجد أن الغاية والقصد هو الوصول إلى الحق ، وليس إسقاطاً لواجب ، ولا إبطالا لحق ، ولا ظلماً لأحد ، ولكن الوسيلة التي توصل بها صاحب الحق إلى حقه وسيلة غير مأذون فيها ، لأن الكذب لايجوز ، وإنكار الحقوق الثابتة منهى عنه .

(ب) امرأة لها دين على زوجها وليس على هذا الدين بينة تشهد به ، وقد طلق هذا الزوج زوجته ،فطالبته بالدين ، فأنكر وامتنع عن الوفاء ،وبقصد الوصول إلى هذا الحق ادعت المرأة كذباً أن عدتها لم تنقض حتى توصلت إلى مايعادل حقها عند زوجها .

فهنا أيضاً نجد أن الوسيلة غير مشروعة ، والغاية والقصد هو الوصول إلى حق .

هذا الفعل غير داخل فى تعريف الحيل عند الشاطبي ، ذلك أنه أخذ فى تعريف الحيل أن يكون قصد المتحيل إبطال حق ، أو إسقاط واجب ، أو بعبارة أخصر ، هدم مقاصد الشارع ، والوصول إلى الحق مقصد من مقاصد الشارع ، فليس هناك فعل ناقض به فاعله قصد الشارع .

والشاطبي لم يتعرض لحكم هذه الصورة فيما كتبه عن التحيل . وقد وجدنا ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين يدخلها فى باب الحيل ويبين حكمها، فهو يرى أنه إذا كان الطريق محرماً فى نفسه ، وكان المقصود به حقاً، فإن من يجيز مسألة الظفر يجيز مثل هذا الفعل ، ولكنه يقرر أن هذا يأثم على الوسيلة دون المقصود ، ويؤيده بحديث : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك »(١) .

---

(١) راجع تفصيل هذا القسم فى الحيل ، وأمثلته فى كتاب أعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٣٤٧ .

ومما يجب التنبيه إليه أن ابن القيم وإن كان يدخل مثل هذا الفعل فى باب الحيل فإنه يصرح أن هذا على الاصطلاح غير المشهور ، إذ الحيل فى الاصطلاح المشهور كما يرى الشاطبى تقديم فعل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعى أو تغييره فى الظاهر ، ولكنه على كل حال بين الحكم فيه .

على أن الأحناف ، كما سنرى ، يجيزون هذا النوع من الحيل ، وقد جاء منه الشىء الكثير فى كتابى : الحيل لمحمد بن الحسن والخصاف .

٢ — قلنا إن الحيل تتحقق إذا كان المتحيل قد قصد من الفعل الظاهر الجواز إبطال حكم شرعى ، كإسقاط واجب ، أو إبطال حق . وعلى هذا فإن كان الفعل الظاهر الجواز قد اتخذ وسيلة لإثبات حق أو دفع ظلم فإنه ليس داخلا فى باب الحيل ، وليس محرماً .

ومثال ذلك إذا كان على رجل فقير دين لآخر ، وأراد الدائن أن يسقط الدين عن ذلك الفقير ، وأن يجعل ذلك فى مقابل الزكاة الواجبة ، فإن قواعد الفقه تمنعه من ذلك ، لأن نية دفع الزكاة واجبة عند التسليم ، وفى هذه الحالة لا تسليم فلا نية ، فتوسل إلى قصده بدفع مقدار الدين إلى المدين ناوياً به الزكاة ، ثم يسترده من المدين وفاء لدينه .

وكذلك إذا أراد رجل أن يدفع ماله لآخر قراضاً ، ولكنه يخشى خيانة صاحب العمل ، ويخاف أن يختلس مال القراض ويدعى التلف أو الهلاك ، فيقبل قوله لأنه أمين ، والأمين لا يضمن ، فكان بين أمرين : إما أن يترك المضاربة ، وهذا إضرار به ، وإما أن يفعل وفيه ضياع رأس ماله . فتوسل إلى غرض الحفاظ على ماله بأن أقرض رأس المال إلى صاحب العمل إلا درهماً واحداً ، ثم شاركه بهذا الدرهم فيما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما . وبهذا يتحقق قصده ، فصاحب العمل ضامن لرأس المال لأنه قرض فى يده ، والربح بينهما على ما اشترطا ، عملا معا أو عمل أحدهما .

ففى هاتين الحالتين نجد أن الغاية هى الوصول إلى حق ، أو حماية حق ، وليست إبطالا لحق الغير ولا إسقاطاً لواجب عليه ،والوسيلة التى اتخذت للوصول إلى هذا الغرض وسيلة مشروعة فى الأصل ، وغاية الأمر أنها لم توضع مؤدية لهذا الغرض فى الأصل .

وتعريف الشاطبي للتحيل يجعل مثل هذه الصور خارجة عن معنى الحيل التى يتكلم عنها . لأنه أخذ فى تعريف الحيل أن تكون الحيلة هادمة لأصل شرعى ، ومناقضة لمصلحة شرعية ، أو بعبارة أخرى ، مبطلة لحق ، أومفوتة لواجب . وهذه الأفعال ليس فيها شيء من هذا .

على أن ابن القيم قد أدخل هذا النوع من الأفعال تحت اسم الحيل أيضاً ، على الاصطلاح غير المشهور ، غير أنه صرح بجوازه فقال : القسم الثالث:

« أن يحتال على التوصل إلى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة لذلك ، بل وضعت لغيره ، فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح ... فهى فى الفعال كالتعريض الجائز فى المقال »[1].

والخلاصة أن التحيل الذى يقصد الشاطبي الكلام عنه، والاستدلال عليه، تقديم فعل ظاهر الجواز ، بقصد التوسل به إلى هدم أصل شرعى ، أومناقضة مصلحة شرعية ، من إبطال حق أو إسقاط واجب أو تحليل حرام فى الظاهر أو العكس . وهو الذى عبر عنه الشاطبي بإبطال الأحكام الشرعية وتغييرها فى الظاهر . وإذا كان الفعل المتوسل به حراماً فى نفسه ، واتخذ حيلة لإبطال حكم شرعى ، فإنه وإن كان خارجاً عن الحيل بناء على الاصطلاح المشهور ، إلا أنه أولى بالمنع والتحريم من الحيل على الاصطلاح المشهور ، وأن الفعل غير المشروع إذا اتخذ حيلة للوصول إلى حق ، أو دفع ظلم ،

---

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٤٩ .

فإنه يكون خارجاً عن الحيل على هذا الاصطلاح أيضاً ، وإن الشاطبي لم يبين حكمه ، وقد رأينا ابن القيم يذكر هذا الحكم ، وأنه إذا كان الفعل مشروعاً ، والغاية مشروعة ، ولم يكن الفعل قد وضع أصلا ليتوسل به إليها فإنه يكون خارجاً عن الحيل ، ويصرح الشاطبي بجوازه .

على أن ابن القيم يدخل هذه الأقسام الثلاثة فى باب الحيل على الإصطلاح غير المشهور ويجعل الاصطلاح المشهور فى الحيل : التوسل بفعل مشروع فى الظاهر إلى مقصود محرم كما فعل الشاطبي فهو يقول: الثالث : «أن تكون الطريق لم توضع للإفضاء إلى المحرم ، وإنما وضعت مفضية إلى المشروع كالإقرار ، والبيع ، والنكاح ، والهبة ، ونحو ذلك .فيتخذها المتحيل سلماً وطريقاً إلى الحرام ، وهذا معترك الكلام فى هذا الباب ، وهو الذى قصدنا الكلام فيه بالقصد الأول »[١].

المطلب الثانى

الأدلة على قصد الشارع لمنع التحيل

لقد أسس الشاطبي بطلان التحيل على جملة من الأصول الكلية ، والقواعد القطعية ، ثم قام بعمل استقراء من نصوص الشريعة يفيد أن التحيل بالفعل المشروع فى الظاهر إلى إبطال الأحكام الشرعية باطل شرعاً .

وسوف أتكلم على هذه الأسس كما يلى :

أولا : مخالفة قصد المتحيل لقصد الشارع .

ثانياً : التحيل بالفعل الجائز إلى المفسدة داخل تحت نظرية اعتبار المآل .

ثالثاً : عدم جواز التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه .

---

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٤٧ .

رابعاً : انعدام الإرادة فى العقد المتحيل به .

خامساً : الشرط المنافى لمقتضى العقد .

سادساً : الاستقراء من نصوص الشريعة .

الأساس الأول — مخالفة قصد المحتال لقصد الشارع :

أسس الشاطبي بطلان الحيل على أن المحتال قصد ما ينافى قصد الشارع فبطل عمله . ذلك أن قصد المكلف فى العمل يجب أن يكون موافقاً لقصد الشارع ، وأن من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل . وقد أقام الأدلة على أن مخالفة قصد الشارع مبطلة للعمل[(١)].

أما أن المحتال قاصد بالعمل غير ما شرع له فظاهر . فالناكح بقصد تحليل المرأة لزوجها الأول قاصد بالزواج غير ما شرع له . فالزواج شرع

---

(١) يقول الشاطبى : « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقاً لقصده فى التشريع . والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك فى أفعاله ، وألا يقصد خلاف ماقصد الشارع » . الموافقات ٢ : ٢٣١ . ويقول جـ ٢ ص ٣٣٣ « كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل ، فمن ابتغى فى التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل . أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فإذا خولفت لم يكن فى تلك الأفعال التى خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة . وأما أن من ابتغى فى الشريعة مالم توضع له فهو مناقض لها فالدليل عليه من أوجه . . . » ثم ذكر أدلة ستة أردفها بقوله : والمسألة أمثلة كثيرة ، كإظهار كلمة التوحيد قصداً لإحراز الدم والمال ، لا للإقرار للواحد الحق بالوحدانية ، والصلاة لينظر إليه بعين الصلاح ، والجهاد للعصبية أو لينال شرف الذكر فى الدنيا ، والسلف ليجر به نفعاً والوصية بقصد المضارة للورثة ، ونكاح المرأة ليحلها لمطلقها ، وما أشبه ذلك » فأصل بطلان العمل الذى خالف قصد المكلف فيه قصد الشارع أصل كلى أخذ بالاستقراء المفيد للقطع والحيل داخلة تحت هذا الأصل . وبذلك تكون قاعدة المنع من التحيل داخلة تحت أصل مأخوذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع .

للتناسل وتكوين الأسرة والسكنى والمودة والرحمة وما إلى ذلك من مصالح الزواج التى لا تحصل إلا بدوام العشرة . وليس من مصالح النكاح التى قصدها الشارع منه أن يحلل الزوج المرأة لغيره . بل إن ذلك مناف للحكمة من الزواج ومفوت لمصالحه . والدليل على ذلك أن الجمهور متفق أن التحليل لو شرط صراحة فى العقد لبطل لأنه شرط ينافى متقضى العقد . وقصد الشارع من عقد البيع دفع حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشترى إلى السلعة . فإذا قصد المحتال أن يقرض مائة إلى أجل ليسترد مائتين وجعل السلعة واسطة لذلك وليس لأحدهما غرض فيها بوجه من الوجوه فقد خالف قصده قصد الشارع . وكذلك واهب النصاب قبيل الحول تهرباً من الزكاة لم يقصد المصلحة التى شرعت من أجلها الهبة وهى الصلة ودفع الحاجة وإنما قصد أن يتهرب من دفع الزكاة حتى إذا مضى الحول استرد هبته من الموهوب له .

الأساس الثانى : مآل الفعل المتحيل به مفسدة .

رأينا أن الشاطبى أقام الأدلة القاطعة على أن النظر فى مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، وعرفنا أن مضمون هذه القاعدة أن المجتهد لا يحكم على فعل بالإذن أو المنع إلا بعد نظره إلى مايؤول إليه ذلك الفعل. وانتهينا إلىأن إعمال هذه القاعدة يؤدىإلى أن الفعل المشروع لمصلحةفيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ ، يمنع منه ، إذا أدى استجلاب تلك المصلحة ،أو دره هذه المفسدة إلى فوات مصلحة أهم ، أو حدوث مفسدة أكبر ، وبالمثل فإن الفعل غير المشروع لمفسدة تنشأ عنه ، أو لمصلحة تندفع به ، يشرع إذا أدى استدفاع المفسدة ، أو جلب المصلحة إلى مفسدة تساوى أو تزيد .

وهذهالقاعدة تنطبق علىالتحيل ، ذلك أنالفعل المتحيل به فعلمشروع لمصلحة فى الظاهر لم يقصد به المتحيل تحصيل هذه المصلحة ، وإنما قصد به مفسدة محرمة ، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة ، فإن أصل

الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من غير هبة ، لكان ممنوعاً ، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره فى المصلحة أو المفسدة ، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة . وهو مفسدة »[1] .

الأساس الثالث : قاعدة عدم جواز التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه .

إذا كان إعمال السبب يتوقف على فعل شرط أو تركه .فإن قام المكلف بفعل ما يحقق هذا الشرط أو يفوته ، تحصيلا لمصلحة شرعية فإن فعل الشرط يترتب عليه أثره .

وأما إذا فعل المكلف هذا الشرط أو تركه من حيث كونه شرطاً . دون قصد إلى تحصيل مصلحة شرعية ، وإنما قصداً لإسقاط حكم الاقتضاء فى السبب ألا يترتب عليه أثره . فهذا عمل غير صحيح وسعى باطل .

فإذا توافر النصاب كان سبباً لوجوب الزكاة. ولكن يتوقف هذا الإيجاب على بقاء النصاب حتى يحول الحول . فإذا ما أنفق المكلف النصاب قبل الحول للحاجة إلى إنفاقه . أو أبقاه للحاجة إلى إبقائه فإن الأحكام التى تترتب على الأسباب تنبنى على وجود الشرط أو فقده ،أما إذا أنفقه من حيث إنه شرط لوجوب الزكاة قاصداً عدم ترتب آثار السبب عليه فإن هذا العمل غير صحيح .

ولقد أقام الشاطبي الأدلة التى تفيد القطع فى جملتها بأن فعل ما يحقق الشرط أو يعدمه ، بقصد إبطال حكم السبب ، فعل غير صحيح وسعى باطل، ثم قال : « فإن هذا العمل يصير ما انعقد سبباً لحكم ، جلباً لمصلحة أو دفعاً لمفسدة ، عبثاً لا حكمة له ولا منفعة فيه ، وهذا مناقض لما ثبت فى قاعدة المصالح وأنها معتبرة فى الأحكام . وأيضاً فإنه مضاد لقصد الشارع من

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

جهة أن السبب لما انعقد سبباً وحصل فى الوجود ، صار مقتضياً شرعاً لمسببه ، ولكنه توقف على حصول شرط ، هو تكميل للسبب ، فصار هذا الفاعل أو التارك بقصد رفع حكم السبب قاصداً لمضادة الشارع فى وضعه سبباً ، وقد تبين أن مضادة قصد الشارع باطلة ، فهذا العمل باطل »[١] .

الأساس الرابع : انعدام الإرادة فى العقد المتحيل به .

إن ركن العقد هو الرضا ، ولما كانت الإرادة أمراً باطناً لا يطلع عليه جعل الشارع مظنة الرضا ، وهو الصيغة تقوم مقام الرضا . على أنه إذا ثبت أن العاقد الذى أتى بالصيغة قد قصد بها غير ما وضعت له ، فإن الرضا بالعقد يكون منعدماً ، إذ الصيغة لا تنعقد سبباً لترتب آثار العقد عليه إلا إذا قصدها العاقد غير مريد بها معنى يناقض موجبها ومعناها .

فعاقد الهبة بقصد التهرب من الزكاة لم يتوافر بالنسبة له الرضا بالعقد الذى أبرمه ، ذلك أنه قصد بالصيغة ما يناقض المعنى الذى وضعت له ، فلفظ الهبة إنما وضع لإرادة تمليك الواهب للموهوب له على سبيل الإرفاق والإحسان ، والواهب للنصاب لم يقصد باللفظ معناه الموضوع له شرعاً ، وإنما قصد به الهروب من دفع الزكاة ولم يضع الشرع لفظ الهبة للهروب من دفع الزكاة ، كما لم يضع لفظ النكاح ليحلل المطلقة وإنما وضعه لدوام العشرة .

وإذا كان بعض عقود الهازل صحيحة فإن هناك فرقاً بين الهازل والمتحيل . ذلك أن الهازل أتى بالصيغة غير قاصد ما يناقض المعنى الذى

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٢٧٨ .

وضعت له شرعاً، فكان قاصداً لحكم اللفظ حكماً، وإن كان لم يقصده حقيقة، وذلك بخلاف المتحيل، فإنه لما كان قاصداً خلاف معنى اللفظ لم يصح القول بأنه قاصد لمدلوله حكماً. فالهازل آت بالسبب غير راغب فى ترتيب آثاره عليه، وذلك ليس إليه بل إلى الشارع، والمتحيل غير آت بالسبب أو آت به على أنه ليس بسبب، إذ لفظ النكاح أتى به الهازل على أنه ليس سبباً للنكاح وإنما للأمر المتحيل إليه(١).

---

(١) انظر فى تصوير بطلان التحيل على أساس انعدام الإرادة فى العقد المتحيل به، والتفرقة بين عقد الهازل والمحتال فى هذا الشأن الشاطبى فى الموافقات جـ ١ ص ٢١٦، جـ ٢ ص ٣٣٠ وابن القيم فى أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٤، ص ١٣٦، حيث أفاضا فى بيان وجه بطلان العقد المتحيل به على أساس انهدام الرضا لدى العاقد كالمكره تماماً، وفرقاً بين عقد الهازل على القول بصحته فى بعض الحالات، وبين عقد المحتال. وإليك عبارة ابن القيم والشاطبى فى بيان وجه الفرق ... يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين ٣ : ١٣٤. « المكره قد أتى باللفظ المقتضى للحكم، ولم يثبت عليه حكمه، لكونه غير قاصد له وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه، فانتفى الحكم لانتفاء قصده وإرادته لموجب اللفظ ... وهكذا المحتال الماكر المخادع، فإنه لم يقصد الحكم المقصود بذلك اللفظ الذى احتال به وإنما قصد معنى آخر، فقصد الربا بالبيع، والتحليل بالنكاح والحنث بالخلع، بل المكره قد قصد دفع المظلم عن نفسه، وهذا قصده التوصل إلى غرض ردىء فالمحتال والمكره يشتركان فى أنهما لم يقصدا بالسبب حكمه ولا باللفظ معناه، وإنما قصدا التوسل بذلك اللفظ وبظاهر ذلك السبب إلى شىء آخر غير حكم السبب ». ولما اعترض على ابن القيم بصحة الطلاق والنكاح والرجعة وغيرها من الهازل مع أن الهازل لم يقصد موجب لفظه وحكمه، فكان ينبغى أن يجرى عليه حكم المكره والمحتال. أجاب: المرجع السابق ٣ : ١٣٦ — « والفقه فيه أن الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى، لأن ذلك لا يقف على اختياره، وذلك أن الهازل قاصد للقول مريد له مع علمه بمعناه وموجبه، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما، إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والمخادع المحتال، فأنهما قصداً شيئاً آخر غير معنى القول وموجبه ألا ترى أن المكره قصد دفع العذاب عن نفسه ولم يقصد السبب ابتداء، والمحلل قصد إعادتها إلى المطلق، وذلك مناف لقصده موجب السبب، وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ما ينافى حكمه فترتب عليه أثره ». ويقول الشاطبى ردا على هذا الاعتراض أيضاً. فاعل السبب فى مسألتنا — كالهازل — قاصد أن يكون ما وضعه الشارع منتجاً غير منتج وما وضعه سبباً فعله هنا على أن يكون سبباً لا يكون له مسبب. وهذا ليس له، فقصده عبث. =

الأساس الخامس : بطلان التحيل على أساس الشرط المنافى .

لقد اتفق الفقهاء على أن العاقدين إذا شرطا ما ينافى مقتضى العقد ، أو مالا يحل شرعاً ، فإن الشرط حرام والعقد يبطل ، وقد وقف الشافعية والحنفية عند هذا الحد ، ولكن المالكية والحنابلة ساروا خطوة أبعد ، فقالوا : إن المتعاقدين إذا تواطآ على هذا الشرط ، واتفقا على ما لو أظهراه فى العقد لبطل ، فإن العقد يحكم ببطلانه إذا ظهر ذلك القصد ، واتضحت تلك النية بطريق من طرق الإثبات الشرعية . فى حين أن الفريق الأول ، وهم الشافعية والحنفية ، لم يجوزا إبطال العقد قضاء حتى إذا ثبتت النية غير المشروعة وظهر الاتفاق على الشرط المنافى للعقد . وذلك اعتماداً على الظاهر وسوف نفصل القول فى ذلك عند الكلام على حكم التحيل .

الأساس السادس : دليل المنع من التحيل بالاستقراء .

هناك نصوص شرعية يقطع بمجموعها بالمنع من التحيل فى الشريعة . ونحن نورد بعض هذه النصوص إذ لا يسعنا أن نأتى على جميعها .

= بخلاف ماهو مذكور فى قاعدة مقاصد الشارع ، فإن فاعل السبب فيه قاصد لجعله سبباً لمسبب لم يجعله الشارع مسبباً له . كنكاح المحلل عند القائل بمنعه ، فإنه قاصد بنكاحه التحليل لغيره ، ولم يضع الشارع النكاح لهذا المسبب فقارن هذا القصد العقد فلم يكن سبباً شرعياً ، فلم يكن محللا لا للناكح ولا المحلل له لأنه باطل . وحاصل الأمر أن أحدهما أخذ السبب على أنه ليس بسبب ، والآخر أخذه على أنه سبب لا ينتج فالأول لا ينتج له شيئاً ، والآخر ينتج له ، لأنه ليس الإنتاج باختياره ولا عدمه . فهذا — الهازل — لم يخالف قصد الشارع فى السبب من حيث هو سبب ، ولكن زعم أنه لايقع مسببه . وهذا كذب أو طمع فى غير مطمع . والأول المحتال — تعاطاه على أنه ليس بالسبب الموضوع للشارع فاعرف الفرق بينهما فإنه دقيق » الموافقات جـ١ ص ٢١٦ . ويقول أيضاً « والهازل كذلك ، لأنه قاصد لإيقاع السبب بلا شك وهو فى المسبب إما غير قاصد له بنص ولا إثبات ، وإما قاصد أن لايقع ، وعلى كل تقدير فيلزمه المسبب شاء أم أبى . الموافقات جـ ٢ ص ٣٣٠ .

١ — ما جاء فى القرآن من نصوص خاصة بالمنافقين والمرائين[١]. فقد ذم الله هذين الفريقين وتوعدهم بالعقوبة وشنع عليهم . ويتمثل النفاق والرياء فى أنهم أتوا قولا أو عملا ، للشارع منه قصد معين ، وهم يقصدون منه ما يناقض هذا القصد . فالمنافق ينطق بكلمة الشهادة لا يقصد بها الخضوع فى الباطن والظاهر لله عز وجل ، وإنما يقصد بها صيانة ماله وحقن دمه ، والمنافق يأتى العبادة لا يقصد بها التوجه إلى الله الواحد المعبود ، ولا نيل الثواب فى الآخرة ، وإنما قصده النيل من أوساخ الخلق أو من تعظيمهم ، أو غير ذلك من حظوظ الدنيا الفانية ومتعها الزائلة .

٢ — ماجاء فى القرآن خاصاً بأصحاب الجنة الذين أقسموا أن يصرموا جنتهم بليل حتى يمنعوا الفقير حقه ، وكأن شرعهم كان يجعل للفقراء حقاً إذا حضروا الجذاذ . وقدعاقبهم الله فى الدنيا بإهلاك المال ، وعقوبة الآخرة أشد وأنكى ، والتحيل ومخالفة قصد الشارع ظاهرة فى عملهم ، إذ أنهم ما قصدوا بالجذاذ فى غيبة الفقراء مصلحة معينة يصح أن يقصدها الشارع ، وإنما انحصر قصدهم فى حرمان الفقراء حقوقهم[٢] .

٣ — ما جاء فى القرآن فى شأن أصحاب السبت الذين حرم عليهم الصيد فى يوم السبت فحفروا حياضاً تصلها قنوات بالبحر حتى تدخلها الحيتان يوم السبت ثم يحبسونها حتى يصيدوها فى الأيام الجائز فيها الاصطياد . وقد كان عقابهم بالمسخ وهو أشنع العقوبات[٣]. والتحيل واضح فى فعلهم ، إذ أنهم ماقصدوا بالحفر مصلحة شرعية ، بل كان قصدهم التحيل على فعل المنهى عنه.

٤ — ما جاء فى القرآن من النهى عن إمساك المرأة برجعتها قصداً إلى الإضرار بها[٤] ، فقد كان الزوج يطلق المرأة ويتركها حتى تشارف انقضاء

---

(١) الآيات ٧ — ٢٠ ، ٢٦٤ سورة البقرة .

(٢) الآيات ١٧ — ٣٣ سورة القلم .

(٣) الآيات ١٦٢ — ١٦٨ سووة الأعراف .

(٤) الآية ٢٣١ سورة البقرة .

العدة، ثم يرتجعها ثم يطلقها حتى تشارف العدة ثم يرتجعها وهكذا ولا قصد له سوى الإضرار بها. والتحيل ظاهر إذ الرجعة شرعت لاستدامة العشرة بالمعروف وعودة المودة والرحمة بين الزوجين وهو لم يقصد بها ذلك، بل قصد المضارة، فخالف قصده قصد الشارع ولم يكن فعله تحصيلا للمصلحة التى تقررت الرجعة لتحصيلها. فالرجعة مشروعة لمصلحة فقصد بها غير تلك المصلحة.

٥ — ما جاء فى القرآن من اشتراط أن تكون الوصية بغير قصد الإضرار بالورثة بأن يوصى بأكثر من الثلث أو لوارث لحرمان وارث آخر[1]. فحق الإيصاء مقرر لمصلحة هى تدارك مافات الإنسان فى الدنيا من أعمال الخير وهذا يتأتى بالثلث لغير وارث فإذا كان على غير ذلك فقد قرر الشارع أن الوصية إضرار بالورثة. والفرق بين هذا المثال والأمثلة المتقدمة أن الشارع وضع قرينة على قصد الإضرار لا تقبل إثبات العكس. هذه القرينة هى الوصية بأزيد من الثلث أو لوارث. فهى إضرار بنص الشرع وإن لم يقصد الموصى إضرارا بأحد إذ هى إضرار فى الواقع ونفس الأمر. وهذا لا يمنع أن الوصية فى هذه الحدود قد تكون إضرار إذا لم يكن قصد الموصى من الوصية تحقيق مصلحة شرعية وإنما قصد عقوبة الورثة بالحرمان دون ذنب جنوه.

نصوص السنة على منع التحيل:

١ — ماجاء فى السنة من النهى عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع خشية الصدقة ذلك أن الجمع والتفريق جائزان إذا قصد الخليطان مصلحة مشروعة لذلك الفعل. أما إذا كان ذلك الفعل لم يقصد به إلا إسقاط الزكاة الواجبة

---

(١) الآية ١٢ من سورة البقرة.

أو تقليلها فإن هـذا القصد يبطل لأن ما خالف قصد الشارع حرام باطل لا أثر له .

٢ — ماجاء فى السنة من تحذير المسلمين من فعل اليهود الذين استحلوا محارم الله بأدنى الحيل . فقد حرم الله عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها . وقد لعن الله اليهود بسبب فعلهم هذا ، ذلك أن المصلحة المفهومة من النهى عن الشحوم هى عدم الانتفاع بها وذلك يشمل الانتفاع بالثمن ، وهم قد أغفلوا هذا المعنى واعتبروا ظاهر النص لاقصداً إلى الوقوف عندما حده الشارع مما لم تعلم مصلحته على الخصوص وإنما بقصد الحصول على المال الذى هو معبودهم المقدس فكيف تطيب نفوسهم بترك الشحوم دون استفادة ؟(١) .

٣ — ما جاء فى السنة من لعن المحلل والمحلل له ، والراشى والمرتشى وحرمة بيع العينة ، وهدية المديان ، وغلول الأمراء ، والبيع والسلف(٢). ومخالفة قصد الشارع فيها واضحة إذ القاصد من الزواج حل الزوجة لزوجها لم يوافق قصده قصد الشارع دوام العشرة بين الزوجين، والراشى والمرتشى والغال فى إمارته ، ومهدى دائنه لم يقصد واحد منهم بدفع المال مقصداً شرعياً كالقصد من الهدية والصدقة وإعانة المحتاج ابتغاء وجه الله عز وجل ، وإنما قصد الراشى إفساد ذمة المرتشى والتوصل إلى ما ليس من حقه . وغلول الأمراء فيه نفس المعنى ، والمدين الذى يهدى دائنه على غير العادة لا يقصد صلته وبره بالهدية بل يقصد إعطاءه فائدة على قرضه .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص : ٢٧٨ .

(٢) المرجع السابق . جـ ٢ ص ٢٧٨ .

المطلب الثالث

حكم التحيل

فى هذا المطلب نبين حكم التحيل أولا ، ونرد شبهة لصاحب رسالة ضوابط المصلحة ثانياً .

أولا — حكم التحيل :

يقرر الشاطبي أن الحيل بالمعنى الذى قرره غير مشروعة ، والفعل المتحيل به غير صحيح فيقول : « الحيل فى الدين بالمعنى المذكور غير مشروعة فى الجملة . . . » فإذا كان الأمر فى ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح ، وغير مشروع »[١] .

وعلى هذا فإن الفعل المتحيل به على مالا يجوز ، غير مشروع فى الباطن بينه وبين الله تعالى ، وغير صحيح ، ولا يترتب عليه أثر فى أحكام الدنيا ، إذا قامت الأدلة على القصد المحرم ، والباعث غير المشروع .

وعلى هذا ، فإن واهب النصاب قبيل الحول يقصد الفرار من الزكاة ، تحرم هبته ، وتبطل إذا ثبت بإقراره ، أو بالقرائن ، أنه إنما وهب النصاب بقصد الفرار من هذا الواجب .

وبالمثل فإن النكاح بقصد التحليل حرام بين الناكح وبين ربه ، وهو نكاح باطل إذا ثبت هذا القصد ، وظهرت تلك النية .

وهذا هو مجال الخلاف بين أصحاب النظرية المادية ، والنظرية الذاتية من الفقهاء . فالمالكية والحنابلة يبطلون الفعل الذى قصد به الفاعل قصداً

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٣٠ ، ص ٣٨٥ .

غير مشروع إذا قامت الدلائل على هذا القصد . أما الشافعية والحنفية فإنهم وإن وافقوا هذا الفريق فى أن القصد إلى إبطال الحقوق وإسقاط الواجبات، وغير ذلك من النيات المحرمة والمقاصد غير المشروعة محرم ، إلا أن العقد أو التصرف لا يبطل ، بل يترتب عليه أثره ، ويحكم بصحته قضاء ، ولو ثبت قصد الفاعل غير المشروع ، أو نيته المحرمة ، ما لم يكن العاقد قد أظهر هذا القصد أو تلك النية فى العقد نفسه ، بحيث كانت داخلة فى صلب التصرف ، ومعبراً عنها فيه .

ثانيا : رد شبهة صاحب رسالة ضوابط المصلحة :

ادعى صاحب رسالة ضوابط المصلحة(١) أن أحداً من الأئمة لم يقل ببطلان العقد قضاء إذا ثبت أن العاقد قد قصد به المحرم ، وأن الكل متفق على أن العقد متى توافرت شروطه وأركانه فإنه لا يبطل بالقصد المحرم والباعث غير المشروع ، وإن ظهر هذا القصد ، وثبت ذلك الباعث . ورمى ابن القيم بالتناقض والاضطراب لأنه يقرر بطلان التصرف بالقصد الفاسد والباعث المحرم . فقال : « إن ابن القيم فى كلامه عن القصود وأثرها فى الأحكام مشى على أساس مضطرب ونسق غير واضح فقد خلط بين الصحة فى معناها القضائى والصحة بمعناها الخاص بين العبد والله تعالى ، وهما معنيان مختلفان . فجاء كلامه بسبب ذلك مناقضاً بعضه لبعض فى ذلك ، ومن ثم جاء كلامه بعد ذلك فى الحيل مطبوعاً بنفس هذا التناقض » (٢)

وسبب هذا التناقض والاضطراب والخلط فى كلام ابن القيم فى نظر هذا الباحث يرجع إلى ما يأتى :

أولا : أن ابن القيم يرى أن القصود فى العقود معتبرة ، وأن النيات

---

(١) هو الأستاذ محمد سعيد رمضان .

(٢) ضوابط المصلحة ص ٢٢٢ .

تؤثر فى صحة العقد وفساده . والزميل لا يوافق على أن للقصد دخلا فى صحة العقد أو فساده قضاء وإن أثر ديانة . ويدعى «أن أحداً لم يقل بأن المشترى إذا اشترى السلعة من البائع وهو قاصد استعمالها فى محرم فالعقد باطل وعلى البائع أن يسترد سلعته ويعطيه الثمن ، بل الكل متفق على أنه عقد صحيح ما دامت أركانه وشروطه كاملة متوافرة » ثم استدل على هذا الإجماع الذى ادعاه بأن النووى الشافعى يقول « فرع : بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعاً لأن المقصود عين الذهب والفضة»[1] .

والواقع أن ما قاله الزميل تهجم لا مبرر له . فان لابن القيم أن يرى ما يظهر له من أدلة الشرع ونصوصه وليس يرد عليه بأن أحداً لم يقل بقوله ، وإنما بنقد أدلته وتفنيد حججه . فإذا رأى باجتهاده أن قصد الربا من البيع فى بيع العينة أو التحليل فى عقد الزواج يبطل العقد قضاء متى ظهر ذلك القصد وثبت شرعاً فلا محل للهجوم عليه بأن الكل متفق على خلاف قوله . وليست هذه طريقة علمية فى البحث والنقد خصوصاً ممن يتصدى لبحث يعد حجة فى موضوعه .

هذا إذا فرضنا أن ابن القيم قال بدعاً لم يقل به أحد من المجتهدين قبله . والحقيقة أن الفقهاء يجمعون على أن القصد الفاسد والباعث غير المشروع يبطل التصرف والعقد ، وإنما اختلف الفقهاء بعد ذلك ، فبينما يضيق الشافعية والحنفية مجال إبطال العقود والتصرفات لعدم مشروعية الباعث عن طريق اشتراط كون هذا الباعث غير المشروع جزءاً من الإرادة الظاهرة ومذكوراً فى صلب العقد ، يوسع المالكية والحنابلة مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية الباعث عليها ، عن طريق عدم اشتراط ذكر القصد المحرم والباعث غير المشروع فى صلب العقد ؛ بل يقتصرون على الوقوف عند

---

(١) ضوابط المصلحة ص ٢٢٠ .

علم الطرف الآخر بهذا الباعث المحرم أو القصد غير المشروع ، ويرون فى هذا العلم ضماناً كافياً لاستقرار التعامل »(١).

وأنا لا أدرى من أين أتى هذا الزميل بدعوى « أن أحداً لم يقل ببطلان التصرف قضاء إذا كان الباعث إليه غير مشروع ، وان الكل متفق على أنه عقد صحيح مادامت أركانه وشروطه كاملة متوافرة » .(٢) ونحن ننقل لك نصوص الفقهاء القائلين ببطلان العقد بسبب القصد الحرام والباعث غير المشروع الذى لم يذكر فى العقد» . فقد جاء فى المغنى » :

« وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل . وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً حرام ... إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبطل إذا علم البائع قصد المشترى ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما إن كان الأمر محتملا ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله ، أو من يعمل الخمر والخل معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ؛ فالبيع جائز وهكذا الحكم فى محل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب . أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة ويبيع الأمة للغناء أو إجارتها كذلك . أو إجارة دار لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك . فهذا حرام والعقد باطل... وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك فقال فى القصاب والخباز إذا علم أن من يشترى منه يدعو عليه من يشرب المسكر ، لا يبيعه ، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها لمن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ، وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا(٣) .

---

(١) انظر رسالة التعبير عن الإراده للدكتور وحيد سوار ص ٥٣٠ .

(٢) رسالة ضوابط المصلحة ص ٢٢٠ .

(٣) المغنى ج ٤ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٥ .

وجاء فى الفروع (١) :

« ولا يصح بيع ماقصد به الحرام كعصير لمتخذه خمراً قطعاً .. وسلاحاً فى فتنة .. ومأكول وشحوم لمن يشرب عليهما المسكر ، وأقداح لمن يشرب فيها ، وجوزقمار ، وأمرد لواطىء دبر ... » .

وجاء فى الخطاب : « بيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز »(٢) .

فى هذين المذهبين القصد والنية يؤثران فى صحة العقد أو فساده قضاء وإنما يشترط أن يكون العاقد الآخر قد قصد ذلك أيضاً ، أو على علم بقصد العاقد الآخر ، وتبقى بعد ذلك مسألة الإثبات لهذا القصد وفيها تطبق قواعد الإثبات . فقد يعترف المتعاقدان بقصدهما غير المشروع ، وقد تقوم قرائن تقطع بهذا القصد (٣).

ولعل هذا الباحث اعتمد فيما قال على مذهب الشافعى وأبى حنيفة رضى الله عنهما فقال ما قال من أن أحداً لم يقل ببطلان العقد بسبب القصد غير المشروع وأن الكل قائل بالصحة . فالنظرية التى قال بها فقهاء هذين المذهبين لا تعتد بالباعث غير المشروع فى بطلان التصرف إلا إذا كان مذكوراً فى العقد فإذا لم يفصح العاقدان عن قصدهما المحرم فإن العقد يبقى صحيحاً فقد جاء فى البدائع :

---

(١) الفروع : ٢ : ١٧١ .

(٢) شرح الخطاب ج ٤ ص ٢٦٣ — ٢٦٤ ، ص ٢٦٧ . انظر أيضاً المدونة الكبرى ج ١١ ص ٦٢ — ٦٩ .

(٣) يقول الدكتور وحيد سوار « يعتد المالكية — شأنهم فى ذلك شان المذهب الحنفى بالباعث ولو لم يذكر فى صلب العقد ، ولا يجيزون تبعاً لذلك بيع أرض بقصد بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً . التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ص ٥٣٦ .

« فإن تزوجت بزوج آخر ومن نيتها التحليل ، فإن لم يشرطا ذلك بالقول ، وإنما نويا ، ودخل بها على هذه النية ، حلت للأول فى قولهم جميعاً ، لأن وجود النية فى المعاملات غير معتبر ، فوقع النكاح صحيحاً ، لاستجماع شرائط الصحة ، فتحل الأول . كما لو نويا التوقيت وسائر المعانى الفاسدة »(١) .

وجاء فى البدائع أيضاً :

« غير أن الذمى إن استأجر داراً من مسلم فى المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها الناقوس ، له ذلك ... هذا إذا لم يشرط ذلك فى العقد ، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمى داراً من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذهامصلى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية»(٢).

وجاء فى الأم :

أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لها النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا . وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً . وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد (٣) » .

---

(١) البدائع ج ٣ ص١٨٧ — ص ١٨٨ . أنظر رد المحتار ج ٥ ص ٢٥٨ .
(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٣٣ .
(٣) الأم ج ٣ ص ٦٥ .

ففي هذين المذهبين كما هو ظاهر من النصوص السابقة نجد أن القصد غير المشروع لا يبطل العقد قضاء إلا إذا ذكر ذلك القصد صراحة في العقد . وهذا يتفق مع ما يراه صاحب رسالة ضوابط المصلحة . ولكن ما كان يليق به وهو يقرر مسألة هامة في دين الله كهذه أن يذكر أن الإجماع قد انعقد على صحة العقد الذي قصد به الحرام مغفلا مذهب المالكية والحنابلة القائلين بأن هذا القصد المحرم يبطل العقد قضاء ولو لم يذكر في العقد صراحة ما دام الدليل قد قام على ما قصده العاقدان من العقد .

بل إن الأحناف يعتدون بالباعث غير المشروع إذا أمكن استخلاصه من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد وإن لم يذكره المتعاقدان صراحة في العقد ، فقد جاء في البدائع :

« وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة ، وقبضه المشترى ، ولم ينقد ثمنه ، أنه لا يجوز لبائعه الأول أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه به عندنا ... لأن في هذا البيع شبهة الربا ... والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة » (١).

فالكاساني يرى أن العقد باطل لأنه قصد به الربا وهذا القصد ليس مذكوراً في صلب العقد ولكن طبيعة الصفقة والظروف تدل على أنهما ما قصدا به إلا الربا المحرم . وهذا القصد اعتبر في إبطال التصرف دون أن يذكر في العقد بل كانت ظروف العقد هي القرينة على هذا القصد غير المشروع ولو أن هذه القرينة غير قاطعة (٢) .

---

(١) البدائع ج ٥ ص ١٩٨ .

(٢) الشافعي سار هنا على قاعدته وقال يجوز هذا العقد لأنه بيع استجمع شرائط جوازه وخلا من الشروط المفسدة إياه فلم يحكم بفساده ، انظر البدائع ج ٥ ص ١٩٨ .

والمذهب الحنفى يعتد بالقصد غير المشروع فى طلاق الفار ولو لم يتلفظ به . فقد قال الأحناف إن طلاق الفار لا يعتد به فى حق ميراث الزوجة بالشروط التى ذكروها . ذلك أن قصد المطلق حرمان الزوجة من حقها فى الإرث وهو قصد غير مشروع فيبطل حكم الطلاق فيما يختص بهذه الجزئية بحيث ترث منه وينفذ الطلاق فى الأحكام الأخرى ، وهنا أيضاً لا يشترط أن يظهر قصد المطلق حرمان الزوجة صراحة ؛ بل إن هذا القصد مستفاد من الظروف المحيطة بالطلاق . فهو قد طلقها بائناً ، وهو طائع مختار ، وليس بناء على طلبها وقد كانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك الموت . هذه الظروف تعد قرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس على أنه قصد الإضرار بها بهذا الطلاق .

قال الكاسانى : « . . . وإذا توافرت هذه الشروط لتحقق مظنة الفرار ومات المريض من مرضه ، وهى فى العدة ورثته .. وقال الشافعى لا ترث .. ولا عبرة بمظنة الفرار لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة »[٢] .

وهنا يتبين أن أبا حنيفة أيضاً يعتد بالقصد المحرم والباعث غير المشروع ولو لم يذكر ذلك فى العقد بل وجدت قرائن ومظان تفيده . وإذن فلا يبقى لدعوى الزميل المذكورة أى سند . فكل المذاهب تعتد بالقصد غير المشروع والباعث المحرم جملة والخلاف إنما هو فى التفصيل .

« والفقه الإسلامى بهذا يعبر أصدق تعبير عن روح الشريعة الإسلامية باعتباره منبثقاً عن شريعة دينية سمحاء ، تعتد بالعوامل الخلقية والأدبية ، وتقف عند طهارة النوايا ونظافتها من عدم المشروعية .ورد المقاصد الفاسدة

---

(١) البدائع ج ٥ ص ١٩٨ .

والنوايا الخبيثة الدافعة إلى التصرفات على أصحابها ، وفى ذات الوقت ، فإن الفقه الإسلامى يحرص على استقرار المعاملات . والاعتماد على الظواهر ، باشتراطه فى الحكم ببطلان العقد الذى قصدبه المحرم أن يقصد ذلك الطرفان ، أو يقصده أحدهما ويعلم الآخر بقصده ، أو تقوم قرائن قاطعة على هذا القصد حتى لايفاجأ أحد العاقدين بالعاقد الآخر يطلب من القضاء إبطال عقد كان يعتمد هو على صحته فى الظاهر . وبذلك يجمع الفقه الإسلامى بين الحرص على الأخلاق والفضيلة ويدعو إلى النوايا الصالحة ، ويحفظ العقود والتصرفات من الزلزلة وعدم الاستقرار »[١] .

ولقد أطلت فى هذا الموضوع لأن دعوى هذا الباحث تهدم أصلا من أصول الفقه الإسلامى ، وتعد مغالطة وتقولا على الفقهاء دون حجة أو سند . والغريب أن سيادته وهو يقرر هذه الدعوى العريضة وهى « أن أحداً لم يقل بأن القصد السيء أو الباعث غير المشروع يؤثر فى العقد صحة أو بطلاناً ، حاكياً اتفاق الأئمة على ذلك » لم يسند دعواه بنصوص تؤيد هذه الدعوى من كتب هؤلاء الأئمة بل إن ما أتى به سيادته هو عبارة الإمام النووى الشافعى فى المجموع وهى : « فرع بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعاً ، لأن المقصود عين الذهب والفضة »[٢] . وليس فى هذه العبارة كما ترى مايفيد الإجماع على الحكم الذى تناولته .

هذا ، وقد اعترض صاحب رسالة ضوابط المصلحة على ابن القيم ورماه بالخلط من ناحية أخرى فقال : إنه خلط بين الصحة فى معناها القضائى والصحة بمعناها الخاص بين العبد والله تعالى وأنه أطلق عبارة الصحة والبطلان دون بيان للمقصود بها أهى الصحة قضاء أو ديانة ، وأنه وهو يمثل لأثر المقاصد فى

---

(١) التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ص ٥٣ .

(٢) ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية ٢٢٠ .

الأحكام ذكر أحكاماً بين الإنسان وربه ،وليس عقداً ومعاملة بين فردين من الناس »(١) .

والواقع أن كلام ابن القيم فى هذه المسألة فى غاية الدقة والوضوح والضبط . فقد قرر بصراحة أن النية والقصد يؤثران فى صحة العقود وفسادها وحلها وحرمتها ، وهو يقصد بالصحة والفساد الحكم القضائى ، وبالحل والحرمة الحكم ديانة . كما قرر أيضاً أن القصد والنية يؤثران فى التصرفات غير التعاقدية بالحل والحرمة . ولأنه ليس هنا عقد فلا محل للصحة والبطلان. وقد جاء هذا فى العبارة التى نقلها الباحث واستدل بها على تناقض ابن القيم يقول ابن القيم :

« وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة ، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده ، وفى حله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك ، وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد أصلا تحليلا وتحريماً ، فيصير حلالا تارة وحراماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد »(٢) .

فعبارة ابن القيم فى غاية الوضوح فى أن القصد يؤثر فى العقد صحة وفساداً وحلا وحرمة . وأن الصحة والفساد يقصد بهما فى الحكم والقضاء . بدليل ذكر الحل والحرمة بعد ذلك ، واقتصاره فى الأفعال التى ليست بعقد على الحل والحرمة دون الصحة والفساد .

وأما أن ابن القيم ، وهو يتكلم على أثر القصد فى أحكام العقود والتصرفات ، ذكر أحكاماً بين العبد والرب ، فذلك لاحظر فيه عليه ، فهو يقرر أن القصد لايؤثر فى العقد فقط ، بل وفى الفعل غير التعاقدى ، بالحل والحرمة فيقول : « بل أبلغ من ذلك وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى

(١) ضوابط المصلحة ص ٢٢٢ .
(٢) أعلام الموقعين ٣ : ١٢١ ، نقله صاحب رسالة ضوابط المصلحة ص ٢٢٠ .

ليس بعقد ، ولا أدرى ما وجه المؤاخذة على ابن القيم إذا تطرق إلى بيان أثر القصد فى الفعل الذى ليس بعقد . وهل هذا يبطل دعوى ابن القيم أن القصد معتبر فى صحة العقد وفساده قضاء أم ماذا ؟.

والخلاصة أن أصحاب النظرية الذاتية من المالكية والحنابلة لا يقفون عند حد القول بأن القصد الفاسد والباعث غير المشروع على العقد محرم ، ولكنهم يسيرون خطوة أبعد ، فيقررون أنه إذا ظهر ذلك القصد ، وثبت هذا الباعث من القرائن المحتفة بالعقد فإن العقد يبطل قضاء . فى حين أن أصحاب النظرية الظاهرية من الشافعية والحنفية يكتفون بالقول بحرمة القصد الفاسد والباعث غير المشروع ، ولا يبطلون العقد إلا إذا ذكر ذلك القصد ، وظهر هذا الباعث فى صلب العقد . وعلى هذا يتنزل حكم الفعل المتحيل به عند الفريقين . ولم يكن لصاحب رسالة ضوابط المصلحة أن يقرر الإجماع من كل الفقهاء على عدم تأثير القصود الفاسدة فى العقود والتصرفات قضاء .

الفرع الرابع

بعض تطبيقات أخرى لأصل اعتبار المآل

وفى هذا الفرع نبحث القواعد الاجتهادية الآتية :

أولا : قاعدة إبقاء الحالة على ما وقعت عليه فى مسائل الخلاف .

ثانياً : قاعدة تقييد الشخص فى استعمال حقوقه .

ثالثاً : قاعدة جواز الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجية وإن اعترضها بعض المناكر .

رابعاً : قاعدة تحقيق المناط الخاص .

أولا — قاعدة إبقاء الحالة على ما وقعت عليه :

الأصل أن الفعل المخالف للشرع ، والذى يعد اعتداء على مصلحة

شرعية معتبرة يمنع منه الفاعل متى أمكن ذلك المنع قبل وصول المخالف إلى غايته، وأنه إذا تم الفعل المخالف، فإنه يقع باطلا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار التى يرتبها الشارع على الفعل الموافق للشرع. إلا أنه إذا كان المنع من هذا الفعل المخالف يسبب للفاعل ضرراً أشد أو يفوت عليه مصلحة أهم من المصلحة التى قصد بالمنع من الفعل المحافظة عليها، فإن المجتهد يفتى بعدم المنع من الفعل. وحديث البائل فى المسجد تنبيه على هذا المعنى، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يتم بوله، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث من ذلك داء فى بدنه، فترجح تركه على مافعل من المنهى عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وبأنه ينجس موضعين، وإذا ترك فالذى ينجسه موضع واحد.

وكذلك فإن الفقيه يرتب على الفعل الذى وقع مخالفاً بعض الآثار، إذا كان فى عدم الحكم بترتب هذه الآثار فوات مصالح أهم أو حدوث ضرر أكبر، وقد وقع التنبيه على هذا فى حديث ترك تأسيس البيت على قواعد إبراهيم، فإن الرسول عليه السلام امتنع عن هدمه وبنائه على قواعد إبراهيم، جاعلا جميع الأحكام مترتبة على أن هذا هو البيت، مع أنه مؤسس على غير قواعده، لأن فى هدمه، أو الحكم بعدم جواز التوجه إليه ضرراً أشد ومفسدة أكبر وكذلك قوله عليه السلام: «أيما امرأة نكحت بغير ولى فنكاحها باطل باطل باطل»، ثم قوله: «فإن دخل بها فلها المهر بما استحل منها»، وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب وتحرم به المصاهرة.

وفى تقرير هذه القاعدة يقول الشاطبى رضى الله عنه:

«ومن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغى بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهى، فيترك ومافعل من ذلك، أو نجيز ماوقع من الفساد على وجه يليق

بالعدل ، نظراً إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة ، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ماوقعت عليه ، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهى فيرجع الأمر إلى أن النهى كان دليله أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع ، لما اقترن من القرائن المرجحة ... وهذا كله نظر إلى مايؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازى مفسدة النهى أو تزيد »[1] .

والذى يجب التنبيه إليه أن هذه القاعدة تطبق بقيد هو : أن يكون المخالف واقع دليلا على الجملة ، وإن لم يكن هذا الدليل راجحاً فى نظر المجتهد فهى ترجع إلى مسألة مراعاة الخلاف وأن مايراه الفقيه باطلا قبل الوقوع للأدلة التى رجحت فى نظره ، يحكم بصحته من بعض الوجوه ويرتب عليه بعض الآثار ، ما دام الفاعل قد استند إلى دليل فى الجملة ، ولو كان دليلا فى نظر غير المجتهد .

ومن فروع هذه القاعدة ما يأتى :

١ — النكاح الفاسد بسبب يرجع إلى الصداق تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه قبل الدخول ، ولا تقع الفرقة بعد الدخول ، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التى ترجح جانب التصحيح .

٢ — الأصل أن بيع المدبر لا يجوز . ولكن مالكا رضى الله عنه يصحح هذا البيع ويرتب عليه آثاره ، إذا أعتق المشترى العبد ، ذلك لأن الحكم بالبطلان فى هذه الحالة لا يحقق المصلحة التى شرع لتحقيقها ، وهى حماية حق العبد فى العتق . بل إن القول بالبطلان يسبب ضرراً للعبد المدبر إذ يمنع تنجيز العتق . وكذلك يصحح مالك العقد فيما تعلق به حق الغير إذا أسقط ذو الحق حقه . مع أن الأصل أن الإنسان غير مسلط على التصرف فى ملك الغير درن إذن صاحب الحق .

---

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٥ .

٣ - تنفيذ تصرفات البغاة وأئمة الجور ، مع أن الأصل فى تصرفاتهم البطلان لعدم الولاية ، قطعاً أو ظناً وهذا حكم بترتب الآثار على التصرف بعد وقوعه . وإن وجب الحكم ببطلان ذلك ابتداء ، وذلك لما فى عدم إمضاء هذه التصرفات من المفاسد الراجحة .

٤ - نفوذ قضاء من تولى القضاء من غير الإمام الشرعى . وفى ذلك يقول العز بن عبد السلام : « ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة ، فالذى يظهر إنفاذ ذلك كله ، جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد الشاملة »(١). فهنا نجد الفقيه يحكم بنفاذ القضاء بعد وقوعه ، مع حكمه ببطلان تولية الكفار القضاء لمسلم ابتداء .

فى كل هذه الفروع نجد أن الفعل أو العمل مخالف ، وكان الأصل ألا تترتب عليه آثاره ، ولكن لما كان فى عدم ترتب هذه الآثار ضرر أشد ، قيل بترتب بعض هذه الآثار نظراً إلى الواقع . وفى هذا يقول العز بن عبد السلام « والذى أراه فى ذلك أننا نصحح تصرفهم - الولاة الفسقة - الموافق للحق ، مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية ، كما نصحح تصرفات إمام البغاة ، مع عدم إمامته ، لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة فى خصوص تصرفاته ، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك ، بخلاف الإمام العادل ، فإن ولايته قائمة فى كل ما هو مفوض إلى الأئمة »(٢).

ثانيا - قاعدة تقييد الشخص فى استعمال حقه :

وخلاصة هذه القاعدة أن المجتهد ينظر إلى مآل استعمال الشخص لحقه الذى قرره الشارع له فإذا تبين للمجتهد أن الشخص لم يستعمل حقه إلا للإضرار بغيره ، وذلك كما إذا كان يستطيع أن يستعمل حقه بطريقة لا تضر

---

(١) القواعد الكبرى ١ : ٧٣ .

(٢) المرجع السابق ١ : ٩١ .

أحداً ، ولكنه اختار هذه الطريقة بقصد الإضرار بغيره ، فإن المجتهد يحكم بالمنع من هذا الفعل عملا بقاعدة اعتبار المآل . أما إذا لم ينحصر استعمال الحق فى قصد الإضرار بالغير ، بل كان الشخص قاصداً مصلحة نفسه من الفعل وصحب هذا القصد قصد الإضرار بالغير ، فإن على الفقيه أن يجرى موازنة بين الحقين ، وذلك على أساس قوة المصالح التى تستعمل هذه الحقوق لحمايتها ، فيقدم مصلحة الجماعة فى دفع الأضرار العامة على مصلحة الشخص فى استعمال حقه ، ويقدم الحق الذى يستعمل محافظة على النفس على الحق الذى يستعمل محافظة على المال ، والمصلحة الحاجية على التحسينية وهكذا . كما تقدم فى قاعدة الذرائع[1].

ثالثاً — قاعدة الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجية وإن اعترض طريقها بعض المناكر :

ويمكن التمثيل لذلك بتعاطى البيع والشراء ، والتعامل مع الناس ، والإقدام على الزواج ، مع تعرض المسلم فى كل هذه المعاملات لبعض المنكرات ، ووقوعه فى الشبهات ، وذلك لما فى ترك هذه المصالح الضرورية والحاجية من الفساد والضرر الذى يربو كثيراً على مصلحة التحرز من المنكرات ، واتقاء الشبهات ، وليعمل جهده فى تحرى وجه الكسب المشروع وطريق العيش الحلال . أما أن يترك البيع والشراء والزواج والمعاملات حذراً من الوقوع فى بعض المناكر التى عمت فى الأسواق ، وبعداً عن بعض الشبهات فى طرق الكسب ، فذلك لا يجوز لأنه ترك لمصلحة أصلية تشوفاً إلى حصول مصلحة كمالية ، والمكمل إذا عاد على أصله بالبطلان لا يلتفت إليه كما سبق غير مرة . وفى ذلك يقول الشاطبي : « ومن هذا الأصل أيضاً تستمد قاعدة أخرى ، وهى أن الأمور الضرورية أوغيرها من الحاجية والتكميلية إذا اكتنفتها من خارج أمور لا ترضى شرعاً

---

(١) انظر الموافقات ٢ : ٣٤٨ .

فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج ، كالنكاح الذى يلزمه طلب قوت العيال مع ضيق طرق الحلال ، واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وكثيراً ما يلجىء إلى الدخول فى الاكتساب لهم بما لا يجوز ولكنه غير مانع لما يؤول إليه التحرز من المفسدة المربية على توقع مفسدة التعرض . ولو اعتبر مثل هذا فى النكاح فى مثل زماننا لأدى إلى إبطال أصله . وذلك غير صحيح وكذلك طلب العلم إذا كان فى طريقه مناكر يسمعها طالب العلم ، وشهود الجنائز ، وإقامة الوظائف الشرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة مالا يرتضى . فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها ، لأنها أصول الدين وقواعد المصالح ، وهو المفهوم من مقاصد الشارع ، وهذه المسائل ، مثار اختلاف وتنازع ، وما ينقل عن السلف الصالح مما يخالف ذلك قضايا أعيان لا حجة فى مجردها حتى يقيل معناها فتصير إلى موافقة ما تقرر ، والحاصل أنه مبنى على اعتبار مآلات الأفعال ، فاعتبارها لازم فى كل حكم على الإطلاق(١).

رابعا — قاعدة تحقيق المناط الخاص :

ومقتضاه أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة ومقيدة ، وعلى المجتهد إذا عرضت عليه واقعة ، أن يطبق الحكم الشرعى الوارد فيها عن الشارع ، مع ملاحظة القيود أو الملابسات الخاصة بهذه الواقعة ، بحيث لا يحكم حكماً واحداً على هذه الواقعة ، فى جميع الظروف والحالات . وقد مثل الشاطبي لذلك بالزواج ، فإن الشارع قد حكم بأنه مطلوب فى الجملة ، فإذا سئل المجتهد عن حكم الزواج قال : إنه مطلوب طلب الندب ، ولكن إذا ابتغاه شخص معين ، فإنه ينظر إلى ظروفه الخاصة ، فإذا تبين له أن هذا الشخص يتحقق من الوقوع فى الفاحشة إذا لم يتزوج أفتاه بأن الزواج

---

(١) الموافقات ٤ : ٢١١ .

واجب عليه ، وإذا تبين له أنه لا يخشى الوقوع فى الزنا ، وهو غير قادر على نفقات الزواج ، أفتاه بالمنع منه ، وهكذا أصل الحكم واحد ، وهو أن الزواج مطلوب طلب الندب ، ولكن يختلف تحقيق مناطه الخاص فى الأفراد بحسب الظروف والملابسات التى تحيط بكل مكلف على حدة .

وفى بيان هذه القاعدة يقول الشاطبى رضى الله عنه : « وعلى الجملة فتحقيق المناط الخاص نظر فى كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية ... فهو — أى المجتهد — يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها ، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعى فى تلقى التكاليف ، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق »[1].

ثم بعون الله الجزء الأول

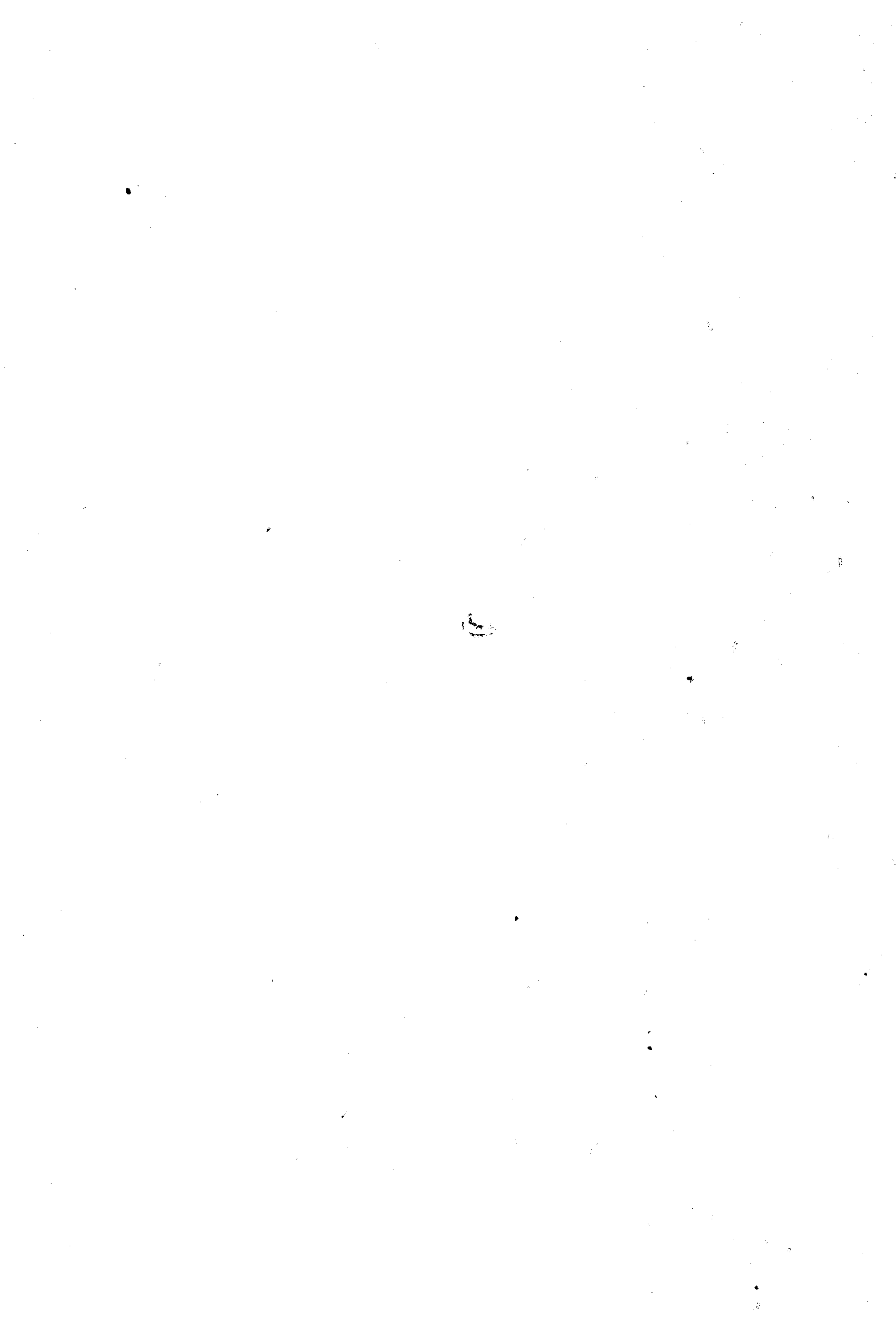
ويليه الجزء الثانى فى الفقه الشافعى

---

(١) الموافقات ٤ : ٩٨ ، ١٩٨ .

الباب الثاني

نظرية المصلحة في الفقه الشافعي



الباب الثانى

نظرية المصلحة فى الفقه الشافعى

لقد خصصت هذا الباب لدراسة نظرية المصلحة فى الفقه الشافعى ، وعلى الرغم من أن الفقه الشافعى لم يشتهر عنه الاعتماد على المصالح المرسلة كأصل من أصول التشريع ، إلا أننا سنجد أن أصول الشافعى نفسه تتسع للعمل بهذا النوع من المصالح ، كما أننا سنجد عدداً غير قليل من كتاب الأصول ينسبون إلى الشافعى نفسه القول بالمصالح المرسلة ، وإن كانوا يحرصون على تأكيد أنه رضى الله عنه لا يرى الاحتجاج بمطلق المصلحة ، وإنما يشترط فيها شروطاً معينة تجعلها معتمدة على نصوص الشريعة ، وليست استحساناً مجرداً .

ولقد جاء الغزالى رضى الله عنه فوجد أن اصطلاح المصالح المرسلة قد اشتهر عن المالكية ، فأولى هذا النوع من الاستدلال عناية فائقة ، وتحدث عنه بما لم يسبق إليه ، وتعرض له فى كتبه الثلاثة : المنخول ، وشفاء الغليل ، والمستصفى ، مؤكداً أنه ليس أصلا زائداً على الكتاب والسنة والإجماع والعقل ، وأن من عده أصلا خامساً بعد هذه الأصول فقد أخطأ ، لأنه يرجع إلى مقاصد الشارع ، ومقاصد الشارع إنما تعرف من الكتاب والسنة والإجماع .

وقد رأيت أن أعرض هذه الدراسة فى فصلين :

الفصل الأول : وفيه أعرض لمذهب الشافعى رضى الله عنه فى الاستدلال المرسل ،كما يؤخذ من كتابات الأصوليين ،وكما يستنبط من فقه الشافعى نفسه ، ومما كتبه فى رسالته الأصولية الشهيرة(١) . فأقدم الأدلة

(١) يعد الشافعى — بدون منازع — أول من وضع أصول الفقه وقواعد الاستنباط =

على اعتبار الشافعى لهذا النوع من الاستدلال وأحدد نوع المصالح التى

= فلقد كان الفقهاء قبله يجتهدون فى فهم الشريعة ويستخرجون أحكام الحوادث من نصوص الكتاب والسنة ، وما اجتمع عليه أهل العلم ، وما لم يجدوا فيه نصاً أخذوا حكمه استنباطاً ، ولم يكن بين أيديهم قواعد كلية ، ولا أصول ثابتة يرجعون لها ، ويحتكمون إليها فى هذا الفهم وذلك الاستنباط ، فجاء الشافعى رضى الله عنه فوضع لهم أصولا يرجعون لها وقواعد يحتكمون إليها ، تلك هى أصول الفقه ، وقواعد الاستنباط .

يقول الفخر الرازى : « كانوا قبل الإمام الشافعى يتكلمون فى مسائل أصول الفقه ، ويستدلون ويعترضون ، ولكن ما كان لهم قانون كلى مرجوع إليه فى معرفة دلائل الشريعة، وفى كيفية معارضاتها وترجيحاتها ، فاستنبط الشافعى علم أصول الفقه ، ووضع للحق قانوناً كلياً يرجع إليه فى معرفة مراتب أدلة الشرع ، فثبت أن نسبة الشافعى إلى علم الشرع كنسبة أرسطو إلى علم العقل » . مناقب الشافعى للرازى ص ٥٧ . ويقول الزركشى فى كتاب البحر المحيط فى الأصول : « الشافعى أول من صنف فى أصول الفقه ، صنف فيه كتاب الرسالة ، وكتاب أحكام القرآن واختلاف الحديث وإبطال الاستحسان ، وكتاب جماع العلم ، وكتاب القياس » .

ولقد امتازت قواعد الأصول التى وضعها الشافعى بميزتين :

أولاهما : أنها لم تكن قواعد نظرية ، ولا فروضاً ذهنية ، كالذى نراه فى صنيع كتاب الأصول الذين جاءوا من بعد الشافعى ، حيث أدخلوا فى أصول الفقه مسائل لا ينبنى عليها فقه ، ولا يترتب على الخلاف فيها اختلاف فى التفريع . بل تعد دراستها اشتغالا بمباحث نظرية ليس لها ثمرة فعلية ، كمسألة ابتداء الوضع — ومسألة الإباحة أهى تكليف أم لا ، ومسألة أمر المعدوم ومسألة هل كان النبى صلى الله عليه وسلم يتعبد بشرع أم لا ، ومسألة لا تكليف إلا بفعل وغير ذلك من المسائل النظرية التى لا يترتب على الخلاف فيها عمل ، بل اتجه الشافعى اتجاهاً عملياً فى استخراج قواعد الفقه وأصول الاستنباط ، يؤصل القاعدة ويستدل عليها ، ثم يطبقها على الفروع ، ويرد إليها كثيراً من الجزئيات .

ثانيتهما : أن أصول الشافعى ليست قواعد ضابطة للفروع والجزئيات فى مذهبه دعت إليها نزعة مذهبية ؛ وأملتها حاجة الدفاع عن الفروع ، بل هى أصول التزمها الشافعى فى اجتهاده وقيد بها نفسه فى الاستنباط ، يزن بها فقه مالك وآراء أهل العراق . فالقواعد عنده حاكمة على الفقه وليست خاضعة له ، وفى هذا تختلف أصول الشافعى عن أصول الحنفية ، فأصول الحنفية قواعد لضبط الفروع التى رويت عن أبى حنيفة بقصد الدفاع عنها والتخريج عليها فهى أصول فقه أبى حنيفة ، وليست أصول الفقه . فالشافعى يستدل على القاعدة الأصولية من نصوص الكتاب والسنة ، وما اجتمع عليه أهل العلم ، ثم يفرع عليها الفروع . أما كتاب الأصول الأحناف فيستنبطون القاعدة ويستدلون عليها من فقه أبى حنيفة والفروع المروية عنه ثم يخرجون على هذه الفروع مسترشدين بتلك القواعد .

يحتج بها عنده . وأخيراً أحاول التعرف على موقف الشافعى من قاعدة الذرائع التى اشتهر عن المالكية وحدهم القول بها ، مع أن هذه القاعدة وثيقة الصلة بالمصالح ، وما هى فى الواقع إلا طريقة للترجيح بين المصالح المتعارضة ؛ إذ قد رأينا أن حاصل هذه القاعدة يرجع إلى المنع من الفعل الذى شرع لمصلحة معينة ، إذا كان هذا الفعل قد اتخذ ذريعة إلى مفسدة مساوية لهذه المصلحة أو تزيد ، فهى قاعدة لازمة لكل من اعتبر المصالح فى التشريع . وسوف نرى أن الشافعى رضى الله عنه يأخذ بهذه القاعدة ، وأنه يطبقها تطبيقاً مطرداً . فلا يفتح الذرائع إلى المفاسد قط ، بل يوصد كل أبواب الحرام ، وطرق الفساد .

الفصل الثانى : وأخصصه لدراسة ما يمكن تسميته بنظرية الترجيح بين المقاصد الشرعية عند الغزالى ، وسوف نرى أن الغزالى يخرج من دراسة المصالح المرسلة فى كتبه الثلاثة بنظرية يعبر عنها بقوله « وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع ؛ فلا وجه للخلاف فى اتباعها ، بل يجب القطع بكونها حجة . وحيث ذكرنا خلافاً فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين ، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى »(١) . فالمصلحة عنده هى المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع إنما يعرف من الكتاب والسنة والإجماع ، ولذلك وجب القطع بكونها حجة عنده ، وإذا ثار خلاف ، فإنه يثور حول تطبيق هذا الأصل ، أو الترجيح بين المقاصد المتعارضة ، فالأصل ، وهو المحافظة على مقصود الشرع مقطوع به ، وتحقيق مناطه فى الفروع والوقائع محل اجتهاد بين الفقهاء .

---

(١) المستصفى ١ : ٣١١ .

الفصل الأول

نظرية المصلحة فى فقه الشافعى

وسوف أعرض نظرية المصلحة فى الفقه الشافعى فى مبحثين : أتكلم فى أولها على الاستدلال المرسل ، وفى ثانيهما على قاعدة سد الذرائع .

المبحث الأول

الاستدلال المرسل فى الفقه الشافعى

وسوف أدرس رأى الشافعى فى المصلحة المرسلة فى فروع أربعة :

الفرع الأول : فى بيان دخول المصلحة المرسلة فىالقياس عند الشافعى.

الفرع الثانى: فىالأدلة علىاعتبار الشافعى المصالح المرسلة فىالاستدلال.

الفرع الثالث : علاقة المصلحة المرسلة بالنصوص عند الشافعى .

الفرع الرابع :عدمدخول المصلحة تحت الاستحسان الذىرده الشافعى.

***

الفرع الأول : إثبات أن القياس عند الشافعى يشمل المصلحة المرسلة .

وسوف أقسم هذا الفرع إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : بيان أصول الاستدلال عند الشافعى جملة .

المطلب الثانى : معنى القياس عند الشافعى .

المطلب الثالث : بيان وجه شمول القياس للمصلحة المرسلة.

المطلب الأول
بيان أصول الاستدلال عند الشافعى جملة

لم يذكر الشافعى المصلحة المرسلة ضمن أدلة الفقه التى اعتمد عليها فى الاستنباط ؛ إذ أن أصول الفقه عنده الإجماع والخبر اللازم من الكتاب والسنة ، منهما يؤخذ الفقه ، وإليهما يرجع المجتهد فى الاستنباط ، إن دلا بلفظهما على الحكم كان الحكم مستفاداً من النص ، وإن دلا عليه بمعقولها كان الحكم ثابتاً بالاجتهاد ، والاجتهاد عنده نوع واحد هو القياس .

ولكن الدارس للاجتهاد فى كلام الشافعى يرى أنه شامل للمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ما دامت هذه الملاءمة لا تعرف إلا من نصوص الشرع . والشافعى — كما سنرى — إنما يحرص على أن يكون مرجع المجتهد النص الشرعى، يأخذ الحكم من لفظه أو من معقوله بطريق القياس. وقد رأينا أن الاستدلال بالمصلحة لا يعدو استنباط الحكم من معقول جملة نصوص شرعية ، تشهد لجنس المصلحة بالاعتبار .

وقبل أن نبين معنى القياس عند الشافعى ، وما إذا كان مدلوله يتسع لدخول المصالح الملائمة ، يحسن بنا أن ننبه إلى مقدمتين لا غنى عنهما فى هذا الخصوص ؛ إذ بهما يقف الباحث على أصول الاستدلال عند الشافعى رضى الله عنه .

المقدمة الأولى . كمال الشريعة ووفاء نصوصها بأحكام الوقائع .

حرص الشافعى رضى الله عنه ، على تأكيد حقيقة آمن بها ، وكانت هى المنار الذى اهتدى به فى كل اجتهاداته ، هذه الحقيقة هى أن نصوص الشريعة وافية بحكم كل ما يقع من الحوادث ويجد من الوقائع ، فليست هناك واقعة تجد إلا وفيها نص من كتاب أو سنة يستدل به على حكم الله

فيها . غير أن هذا الحكم قد يؤخذ من لفظ النص ، أو من معقوله بطريق القياس .

يقول الشافعي : « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها»(١) .

ويقول(٢) : «كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس » .

ويقول(٣) : « وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله ، فقد جعل الله الحق فى كتابه ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم فليست تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب ينص عليها نصاً أو جملة . . . فإن قال قائل : أرأيت ما لم يمض فيه كتاب ولا سنة ولا يوجد الناس اجتمعوا عليه فأمرت بأن يؤخذ قياساً على كتاب أو سنة أيقال لهذا قيل عن الله ؟ قيل نعم، قيلت جملته عن الله ، فإن قيل ما جملته ؟ قيل الاجتهاد فيه على الكتاب والسنة » .

ويقول(٤) : « والحق فيما أمر الله ورسوله باتباعه ، ودل الله ورسوله عليه نصاً أو استنباطاً بدلائل » .

فهذه النصوص تبين ، أن الشافعي رضى الله عنه يرى أن كل حادثة

---

(١) الرسالة ٢٠ : ٤٨ ، ثم أخذ يعدد الآيات التى تثبت هذه الدعوى : مثل قوله تعالى « كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى صراط العزيز الحميد »، « وأنزلنا إليك الذكر » ، « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء » ، « ولكن جعلناه ، نوراً نهدى به من نشاء من عبادنا » .

(٢) الرسالة ٤٧٧ : ١٣٢٦ .

(٣) الأم ٧ : ٧ : ٢٧١ .

(٤) المرجع السابق ٧ : ٢٧٤ .

تقع لمسلم ففي كتاب الله وسنة نبيه دليل على حكمها ، إما نصاً ، أو استنباطاً من معقول نص بطريق القياس .

المقدمة الثانية : وإذا كانت نصوص الكتاب والسنة كافية في بيان حكم الوقائع والنوازل نصاً أو حملا على نص ، فعلى المجتهد ، إذا أراد أن يتعرف على حكم واقعة نزلت ، أن يرجع إلى النصوص ولا يلجأ لشيء واها ، فلا يستحسن برأيه ، ولا يقول في دين الله من غير اجتهاد ، فإذا وجد حكم الواقعة نصاً في الكتاب والسنة فعليه اتباعه ، وإذا لم يجد نصاً ، فعليه أن يجتهد في التعرف عليه ، وذلك بالحمل والقياس على النص ، وهو في كل حالة واجد لا محالة نصاً يمكن أخذ حكم الواقعة من معقوله ومعناه إذا لم يكن من لفظه وصيغته .

يقول الشافعي : « ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء : حل أو حرم ، إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس »(١) .

ويقول : « والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، في الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه ، كطلب ما وصفت قبله من القبلة والعدل والمثل »(٢) .

ويقول(٣): « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو تشبيه على عين قائمة ، وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان ، إذا خالف الخبر الاستحسان . والخبر من الكتاب والسنة عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه ،

---

(١) الرسالة ٣٩ : ١٢ .
(٢) المرجع السابق ٤٠ : ١٢٢ .
(٣) المرجع السابق ٥٠٣ : ١٤٥٦ .

كما البيت يتوخاه من غاب عنه ليصيبه. أو قصده بالقياس، وأن ليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن يقول الرجل : أستحسن ، بغير قياس : فقلت لا يجوز هذا عندى — والله أعلم — لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا فى الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.. وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله » .

ويقول (١): « فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شىء ، وطلب الشىء لا يكون إلا بدلائل ، والدلائل هى القياس » .

ويقول(٢): « وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم ، بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم متبعاً خبراً وطالب الخبر بالقياس ، كما يكون متبع البيت بالعيان وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً . . . ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذى قال وهو غير عالم ، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً . . ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع، ما وصفت من القياس عليها » .

فهذا الكلام يدل على أمور :

١ — ليس لأحد أن يقول فى دين الله ، حلاله وحرامه ، إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر من الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ، أو القياس على واحد منها .

---

(١) الرسالة ٥٠٥ : ١٤٦٠ .

(٢) المرجع السابق ٥٠٧ : ١٤٦٦ .

٢ — أن الاجتهاد فيما ليس فيه الخبر ، بالقياس على الخبر ، اتباع لهذا الخبر وإعمال للنص ، وليس شيئاً خارجاً عن الكتاب والسنة . ولهذا يقول « وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا فى الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر » .

وإذا كان استنباط الحكم فيما ليس فيه خبر ، اتباعاً لهذا الخبر ، وأخذاً للحكم من معقوله ، فإنه يقال إن الحكم المستنبط بالقياس على الخبر حكم قيل عن الله عز وجل ، يقول الشافعى : « فإن قيل أرأيت ما لم يمض فيه كتاب ولا سنة ولا يوجد الناس اجتمعوا عليه ، فأمرت أن يؤخذ قياساً على كتاب أو سنة ، أيقال لهذا قيل عن الله ؟ قيل : نعم قيلت جملته ، فإن قيل ما جملته ، قيل الاجتهاد فيه على الكتاب والسنة » .

٣ — ليست هناك طريقة لمعرفة حكم الشرع فى واقعة غير الخبر فى الكتاب أو السنة ، وما اجتمع الناس عليه ، أو الحمل والقياس على واحد منها . فالاجتهاد والقياس عند الشافعى بمعنى واحد ، فإذا لم يكن الحكم منصوصاً عليه ، فليس هناك من طريق لمعرفته إلا الاجتهاد بطريق القياس على النص . فإذا ما توصل المجتهد إلى معرفة هذا الحكم كان متبعاً للنص أو مطبقاً له . وليس حاكماً برأيه ، ولا مفتياً على غير مثال سبق .

٤ — أن الغاية المطلوبة بالقياس هى الوصول إلى الخبر ، والمجتهد إذا لم يجد الحكم نصاً فى الخبر ، فهو واجده قطعاً فى معنى الخبر ومعقوله ، وفرض أن تقع الواقعة ولا يجد الفقيه حكمها فى الخبر نصاً ولا استنباطاً فرض مستحيل فى نظر الشافعى ، وذلك لأنه يترتب عليه الخلف فى خبر الله عز وجل القائل « تبياناً لكل شىء » ، « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » ، « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » .

فالعقل لا مدخل له فى الاستقلال بالتشريع ، وإنما هو من الدلائل

التى يسترشد بها المجتهد فى الوصول إلى العين القائمة التى يتوخى معرفتها بالقياس .

٥ – أن الفقيه الذى يتصدى لبيان حلال الله وحرامه ، لابد أن يؤيد فتواه بالخبر نص كتاب أو سنة ، وأن يوضح أنه أخذ حكم النازلة من لفظ هذا الخبر نصاً ، أو من معقوله قياساً واستنباطاً ، أما إرسال الفتوى دون إبداء هذا النص فهو قول بالرأى وتشريع بالهوى . يقول الشافعى : « وإنما الاستحسان تلذذ » .

وبعد هاتين المقدمتين نبدأ فى بيان معنى القياس عند الشافعى رضى الله عنه ، حتى يتسنى لنا أن نعرف ما إذا كان معنى القياس يسع القول بالمصلحة الملائمة أم يقصر عنها .

المطلب الثانى

معنى القياس عند الشافعى

يقول الشافعى رضى الله عنه(١): « كل حكم لله أو لرسوله وجدت عليه دلالة فيه أو فى غيره من أحكام الله أورسوله ، بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت فى معناها » .

ويقول(٢): « ماعدا النص من الكتاب والسنة فكان فى معناه فهو قياس » .

ويقول(٣): « القياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، من الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه ....

---

(١) الرسالة ٥١٢ .

(٢) الرسالة ٥١٦ ،

(٣) المرجع السابق ٤٠ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ .

وموافقته تكون على وجهين :

أحدهما : أن يكون الله أو رسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله لمعنى ، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى ، فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة أحللناه أو حرمناه لأنه فى معنى الحلال والحرام .

أو نجد الشيء يشبه الشيء من غيره ، ولا نجد شيئاً أقرب شبهاً من أحدهما ، فنلحقه بأولى الأشياء شبهاً ، كما قلنا فى الصيد » .

ويقول(١): « قال فما القياس ؟ أهو الاجتهاد ؟ أم هما مفترقان ؟ قلت هما اسمان لمعنى واحد . قال : فما جماعهما ؟ قلت : كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه — إذا كان فيه بعينه حكم — اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس .

« والقياس من وجهين :

« أحدهما : أن يكون القياس فى معنى الأصل ، فلا يختلف القياس فيه ، وأن يكون الشيء له فى الأصول أشياء ، فذلك يلحق بأولاها به ، وأكثرها شبهاً فيه وقد يختلف القايسون فى هذا » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أمور :

أولها : أن الواقعة المراد معرفة حكم الشرع فيها بطريق القياس واقعة لا نص فيها ، فإذا كانت منصوصاً عليها اتبع النص ولم يجز القياس ، لأن القياس ضرورة لا يلجأ إليها إلا عند فقد النص ، ولا يحل القياس والخبر موجود .

---

(١) الرسالة ٤٧٧ .

يقول الشافعى(١) : « فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة ، أحللناه أوحرمناه ، لأنه فى معنى الحلال والحرام » .

ويقول(٢) : « وكل حكم .... وجدت عليه دلالة ... بأنه حكم به لمعنى من المعانى . فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت فى معناها » .

ويقول(٣) : « قال : فقد حكمت بالكتاب والسنة ، فكيف حكمت بالإجماع ثم حكمت بالقياس ، فأقمتهما مع كتاب أو سنة ؟

فقلت : إنى وإن حكمت بهما كما أحكم بالكتاب والسنة . فأصل ما أحكم به منهما مفترق .

قال : أفيجوز أن تكون أصول مفرقة الأسباب تحكم فيها حكما واحداً ؟

قلت : نعم يحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها التى لا اختلاف فيها ، فنقول لهذا حكمنا بالحق فى الظاهر والباطن .

ويحكم بالسنة قد رويت عن طريق الانفراد ، لا يجتمع الناس عليها ، فنقول حكمنا بالحق فى الظاهر ، لأنه قد يمكن الغلط فيمن روى الحديث .

ونحكم بالإجماع ثم القياس ، وهو أضعف من هذا ، ولكنها منزلة ضرورة ، لأنه لايحل القياس والخبر موجود ، كما يكون التيمم طهارة فى السفر عند الإعواز من الماء ، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء ، إنما يكون طهارة فى الإعواز .

وكذلك يكون ما بعد السنة حجة إذا أعوز فى السنة » .

---

(١) المرجع السابق ٤٠ : ١٣٣ .
(٢) المرجع السابق ٥١٣ .
(٣) الرسالة ٥٩٨ .

والشافعي يقصد من النص الذى لا يجوز القياس معه ، أو الخبر الذى لا يحل القياس وهو موجود . الخبر الذى لا يحتمل ، فأما إذا كان الخبر أو النص محتملا ، فلا مانع من أن يستعين المجتهد بالقياس لترجيح أحد معانى النص على غيرها .فالنص هنا يعنى مالا يحتمل غير معناه المفهوم منه، ويقابله الظاهر الذى يظهر منه معنى ويحتمل إرادة غيره .

ولهذا يقول الشافعي(١): «وإن كان للقرآن وجهان أو كانت سنة رويت مختلفة ، أو سنة ظاهرها يحتمل وجهين لم يعمل بأحد الوجهين حتى يجد دلالة من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس على أن الوجه الذى عمل به هو الوجه الذى يلزمه والذى هو أولى به من الوجه الذى ترده ، وهكذا يعمل بالقياس ، لا يعمل بالقياس أبداً حتى يكون أولى بالكتاب أو السنة أو الإجماع أو أصح فى المصدر من الذى ترك ، ويحرم عليه أن يعمل بغير هذا » .

وثانيها : أن القياس إنما يكون على خبر متقدم كتاب أو سنة ما دام قصد الفقيه من القياس إصابة الخبر، وأخذ حكم الواقعة من معقوله، والفقيه إذ يقيس الواقعة التى لا نص فيها على الواقعة التى فيها النص إنما يطبق النص ؛ إذ النص يدل على حكم الأصل بلفظه ، ويدل على حكم النازلة بمعقوله ، فالاستدلال أولا أو أخيراً بالنص، فلا بد من بيان هذا النص .

يقول الشافعي(٢) : « والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم من الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه » .

---

(١) الأم ٦ : ٢٠٧ .

(٢) الرسالة ٤٠ : ١٢٢ .

ويقول(١) : « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها أو تشبيه على عين قائمة ... والخبر فى الكتاب والسنة عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه كما البيت يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، أو قصده بالقياس » .

ويقول(٢) : « وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا فى الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر » .

ويقول(٣) : « وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم ، بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم أبداً متبعاً خبراً ، وطالب الخبر بالقياس ، كما يكون متبع البيت بالعيان ، وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً » .

وثالثها : أن الواقعة التى يراد معرفة حكمها بالقياس فى مثل معنى ما أحل الله أو حرم نصاً . ومعنى هذا اشتراك الواقعة غير المنصوص عليها والواقعة المنصوص عليها فى المعنى الذى لأجله حكم الشارع فى الأخيرة . وهو الذى عبر عنه كتاب الأصول فيما بعد باشتراك الأصل والفرع فى العلة . والشافعى عبر عن العلة بالمعنى الذى كان حكم الشارع فى الواقعة المنصوصة له .

فيقول(٤) : « كل حكم ... وجدت عليه دلالة ... بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت فى معناها .

---

(١) المرجع السابق ٥٠٣ .

(٢) الرسالة ٥٠٣ .

(٣) المرجع السابق ٥٠٧ .

(٤) المرجع السابق ٥١٢ .

ويقول(١): «أن يكون الله ورسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله، لمعنى، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة، أحللناه أو حرمناه، لأنه فى معنى الحلال والحرام».

فالشارع نص على حكم واقعة معينة فى كتابه أو سنة نبيه، ووجد المجتهد أن هذا الحكم إنما كان لمعنى من المعانى، ثم وجد أن هذا المعنى بعينه، أومثل هذا المعنى موجود فى الواقعة المعروضة عليه، والتى لا يجد الشارع قد حكم فيها بعينها حكماً، فإن المجتهد يعطى الواقعة التى لا نص فيها بينها حكم الواقعة المنصوص عليها بعينها لاشتراك الواقعتين فى المعنى الذى لأجله احل الشارع أو حرم.

والمجتهد قد يتوصل إلى معرفة المعنى الذى لأجله حكم الشارع، وأحل وحرم، من النص الذى دل على الحكم بعينه، أو من نص غيره. وفى هذا يقول الشافعى(٢):

«كل حكم وجدت عليه دلالة فيه أو فى غيره من أحكام الله ورسوله بأنه حكم فيه لمعنى من المعانى ...».

فالحكم للشرعى قد توجد الدلالة على المعنى الذى حكم به لأجله فيه نفسه، كما قد توجد هذه الدلالة فى غيره من أحكام الله ورسوله. والشافعى لم يحدد للفقيه طريقة معينة للتعرف على المعنى الذى لأجله حكم الشارع فى الواقعة. بل له أن يسلك كل الوسائل ما دامت هذه الوسائل تدور حول النص ولا تخرج عنه إلى القول بالرأى، والفتوى بالتشهى.

---

(١) المرجع السابق ٤٠ : ١٢٣.
(٢) الرسالة ٥١٢.

رابعها : أن الشافعى أطلق المعنى الذى يكون الاشتراك فيه بين الواقعة التى لا نص فيها بعينها ، والواقعة التى فيها نص حكم من الشارع. وهذا يشمل الاشتراك فى عين هذا المعنى أو فى جنسه . بل إنه يشير إلى أنه يكفى فى القياس أن يوجد فى الواقعة غير المنصوص على حكمها مثل المعنى الذى حكم الشارع فى الواقعة الأولى لأجله ، وليس فقط أن يوجد فيها نفس المعنى .

يقول الشافعى(١): «أن يكون الله ورسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله لمعنى ، فإذا وجدنا مافى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة، أحللناه أو حرمناه ، لأنه فى معنى الحلال والحرام » .

فهذا النص يشير إلى أن الواقعة التى لا نص فيها إذا كانت تشارك الواقعة التى فيها النص فى نفس المعنى الذى حكم به فيها لأجله ، أو كان المعنى فى هذه الواقعة مثل المعنى الذى فى الواقعة المنصوصة ، فإن القياس جائز فيها .

المطلب الثالث

بيان وجه دخول المصلحة المرسلة فى القياس عند الشافعى :

عرفنا أن المصلحة المرسلة هى المصلحة التى تدخل تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين أو هى المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشارع وقلنا إن المصلحة الملائمة هى اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع . فالمعنى إنما يؤخذ به ، ويعتمد عليه إذا كانت هناك نصوص شرعية تدل على أن الشارع اعتبره فى التشريع وبنى أحكامه على وفقه .

على هذا الأساس فإن كل واقعة يكون سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة ، تستند فى الواقع إلى معنى شهدت له نصوص شرعية ، ويكون الفقيه فى فتواه هذه طالباً للنص حاملا عليه ، وليس قائلا بالرأى ولا مستحسناً من غير مثال سبق .

فالذين قالوا بالمصلحة الملائمة اشترطوا أن توجد أصول شرعية تدل

(١) الرسالة ٤٠ — ١٢٢ .

على أن الشارع يعتبر جنس المصلحة الموجودة فى الفرع . فإذا قلنا بتضمين الصناع محافظة على الأموال وتقديماً لمصلحة عامة على مصلحة خاصة ، فإن هذا المعنى له أصل فى نصوص الشارع ، وذلك فى المنع من تلقى الركبان ، وبيع الحاضر للبادى وغير ذلك مما فيه تحصيل مصلحة عامة مع تفويت مصلحة خاصة .

وإذا قالوا بوجوب القصاص من الجماعة إذا اشتركوا فى قتل واحد ، فإن القائل بهذا يرى أن فيه مصلحة اعتبرها الشارع ، وشهدت لها نصوصه ، ذلك أن الشريعة قد حافظت على النفس ، وباستقراء نصوصها نجد أن مصلحة حفظ النفس مصلحة دلت عليها النصوص الشرعية الكثيرة وليس نصاً واحداً ولا دليلا معيناً .

وإذا كان القياس فى نظر الشافعى هو طلب الدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، كتاباً أو سنة ، وأن هذه الموافقة تتحقق إذا كان الله أو رسوله حرم الشىء نصاً أو أحله لمعنى ، ثم وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة فأحللناه أو حرمناه ، لأنه فى معنى الحلال والحرام ، فإن هذه الموافقة للخبر تتحقق أيضاً فى المصلحة الملائمة ، ذلك أننا نجد أن الله أو رسوله أحل أو حرم الشىء ، لمعنى ، ثم نجد أن هذا المعنى متحقق فى بعض الفروع ، ويكون ذلك الفرع مشتملا على معنى من جنس هذا المعنى الذى لأجله أحل الله أو رسوله أو حرم ، فنحل أو نحرم ذلك الفرع ، ما دام قد وجد فيه معنى ما أحل وما حرم .

وتمثيل ذلك أننا إذا وجدنا النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت القضاة والحكام والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس ، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل

حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير ، إلى سائر ما ينضاف لهذا ، علمنا يقيناً أن هذه الأحكام قد شرعت لمعنى ، هذا المعنى هو المحافظة على النفس ، فإذا ما وجدنا واقعة لم ينص فيها على حكم بعينها ، ثم وجدنا أن فيها معنى ما نص عليه ، أعطيت حكمه . فإذا قتل الجماعة الواحد ، وأردنا أن نعرف حكم الشارع فى وجوب القصاص على الجماعة أو عدم وجوبه ، حيث إن الواقعة مما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة ، ثم وجدنا أن فى القصاص من الجماعة معنى حفظ النفس ، فإننا نعطى هذه الواقعة حكماً يحقق هذا الحفظ.

ولقد رأينا أن شرائط القياس فى نظر الشافعى تتلخص فى أمور ثلاثة :

أولها : أن تكون هناك واقعة ليس فيها نص حكم ، أو مما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة .

وثانيها : أن يكون هناك حكم نص عليه الشارع لمعنى يمكن أن يتوصل إليه المجتهد ، منه أو من غيره .

وثالثها : أن تكون الواقعة التى ليس فيها نص حكم ، قد اشتملت على المعنى الذى لأجله حكم الشارع فى الواقعة المنصوص عليها .

ولقد وجدنا هذه المقومات الثلاث فى كل مصلحة ملائمة :

١ — ذلك أن الواقعة التى يراد معرفة حكمها بطريق المصلحة واقعة غير منصوص على الحكم فيها بعينه . وذلك كتضمين الصناع .

٢ — هناك أحكام شرعية نص الشارع عليها لمعنى يدركه المجتهد ، وذلك كحكم المنع من تلقى الركبان ، والمنع من بيع الحاضر للبادى ، وشرع الحدود والقصاص ، وغير ذلك من الأحكام ، فإن هذه الأحكام شرعت لمعنى هو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة .

٣ — الواقعة التى لا نص فيها بعينها ، وهى تضمين الصناع ، قد وجد

فيها ذلك المعنى ، وذلك أن فى القول بالتضمين تقديم مصلحة عامة ، هى مصلحة أرباب السلع ، على مصلحة خاصة ، هى مصلحة الصناع .

وإذا قلنا إن شارب الخمر يجلد ثمانين ، فإن الشروط الثلاثة التى يتطلبها الشافعى فى القياس متوافرة ،وذلك لأن الشارع نص على أحكام كثيرة هى حرمة الخلوة بالأجنبية ، وحرمة حفر البئر فى موضع العدوان ، وأوجب العدة بالخلوة ، والغسل بالإيلاج .

وكل هذه الأحكام كانت لمعنى هو أن مظنة الشىء تقام مقام نفس الشىء وتعطى حكمه .

وواقعة شرب الخمر واقعة غير منصوص على الحكم فيها عيناً ، وفى توقيع عقوبة القذف على الشرب نفس المعنى الذى من أجله أقام الشارع الخلوة مقام الزنا فى الحرمة . فيعطى شرب الخمر حكم ما نص عليه ، وهو إقامة الشرب مقام القذف فيكون الشارع قد حكم بحكم لمعنى ، ووجد هذا المعنى فى واقعة لم ينص على حكمها ، فأعطيت الواقعة حكم المنصوص عليها ما دامت فى معناها(١).

والخلاصة أنه فى كل مصلحة ملائمة توجد أصول شرعية تشهد لجنس المصلحة ، لأن معنى ملاءمة المصلحة ، أن تدخل تحت جنس اعتبره الشارع ، وما دام اعتبار الشارع إنما يعرف من نصوصه ، ولا يستقل به العقل ، فإن كل معنى أو مصلحة ملائمة ترجع إلى نصوص الشريعة .

---

(١) لم يقل الشافعى بتضمين الصناع لأنه رجح قياسه على العارية ، ولم يقل بجلد شارب الخمر ثمانين لأنه يرى أن الواقعة منصوص على حكمها ، إذ ثبت عنده أن ضرب الرسول صلى الله عليه وسلم شارب الخمر أربعين كان حداً لا تعزيراً ، وهذا لا يدل على عدم أخذ الشافعى بالمصلحة المرسلة ، لأن المانع فى الواقعة الأولى أنه أخذ فيه بمصلحة شهد الشرع لنوعها ، والمانع فى الثانية أن الواقعة منصوص على حكمها . ولا قياس مع النص .

وإذا كان الشافعى يحرص أشد الحرص على وجود النص الشرعى أو الخبر اللازم ، الذى يكون القياس طلباً له واستنباطاً منه ، حتى لا يكون الفقيه قائلا بالاستحسان ، راجعاً لمجرد التذوق والتشهى ، وإذا كانت كل مصلحة ملائمة إنما تعرف ملاءمتها للشريعة من جملة نصوص قد تفيد القطع فى مجموعها بهذا المعنى ، فإن المصلحة المرسلة تكون داخلة تحت القياس فى نظر الشافعى رضى الله عنه .

ومن ناحية أخرى ، فإننا نجد الشافعى يقرر أن أساس الإلحاق والحمل اشتراك الواقعة غير الوارد نص فيها بعينها ، والواقعة التى ورد فيها النص، فى المعنى الذى لأجله حكم الشارع فى الواقعة الأخرى المنصوصة . وهذا الاشتراك فى المعنى يشمل الاشتراك فى عين المعنى ، كقياس النبيذ على الخمر ، لاشتراك النبيذ والخمر فى عين الإسكار ، كما يدخل فيه الاشتراك فى جنس المعنى ، أو كما يصرح الشافعى أن يكون المعنى الموجود فى الواقعة غير المنصوصة ، مثل المعنى الموجود فى الواقعة المنصوصة ، ومعنى أن يكون مثلا له . أن يكونا نوعين من المعنى داخلين تحت جنس واحد .

الفرع الثانى

أدلة اعتبار الشافعى المصالح المرسلة

ونقسم هذا الفرع بعد مقدمة قصيرة إلى المطالب التاليا :

المطلب الأول : إدخال كتاب الأصول الشافعية الوصف الذى شهد الشرع لجنسه فى باب القياس .

المطلب الثانى : نسبة كتاب الأصول من الأحناف القول بملائم المرسل إلى الشافعى .

المطلب الثالث : تصريح كتاب الأصول من المالكية باعتماد الشافعى الاستدلال المرسل فى التفريع .

المطلب الرابع : نسبة الشوكانى القول بالمصالح الملائمة إلى الشافعى نقلا عن ابن برهان و إمام الحرمين .

المطلب الخامس : تصريح الزنجانى بأن الشافعى يتمسك بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع .

المطلب السادس : أخذ الشافعى بالقياس فى الأسباب يعنى القول بالمصالح المرسلة .

المطلب السابع : نسبة إمام الحرمين إلى الشافعى الأخذ بالمصالح الشبيهة بالمصالح المعتبرة .

المطلب الثامن : دراسة الرسالة تدل على أن الشافعى اتبع طريقة الاستدلال المرسل فى التدليل على القواعد الأصولية التى اعتمد عليها فى الاستنباط .

* * *

مقدمة :

نعرض فى هذا الفرع الأدلة التى تثبت أن الشافعى يأخذ بالمصالح المرسلة بالمعنى الذى حددناه لها . وسنذكر هذه الأدلة على لسان الأصوليين من الشافعية وغيرهم الذين قرأوا كلام الشافعى وفهموا منه ماتوصلنا إليه من أن الشافعى ، وإن لم يذكر المصالح المرسلة بين أصول الفقه وأدلة الأحكام فإن ذلك لايعنى أنه يرفض الأخذ بها لأن سبب إغفاله لذكرها بين الأصول أنه لا يراها أصلا مستقلا ، وإنما هى حمل على النص ، وطلب للخبر اجتهاداً كما يطلب عيناً إذا كان الخبر نصاً فى الحكم الشرعى .

المطلب الأول

إدخال كتاب الأصول الشافعية الوصف الذى شهد المشرع لجنسه فى المصلحة المعتبرة الداخلة فى باب القياس

من الأدلة على أن الشافعى يأخذ بالمصلحة الملائمة كطريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، أن كتاب الأصول من الشافعية ينسبون إلى الشافعى القول بالقياس ، ثم نراهم يجعلون الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم مصلحة اعتبرها الشارع ، ويفسرون هذا الاعتبار بإيراد الشارع الفروع على وفقها ، وبذلك تكون المصالح الملائمة داخلة عند الشافعى فى معنى القياس .

وهؤلاء الكتاب يمثلون لمثل هذا النوع من المصالح بإعطاء الشارب حد القاذف قياساً على الخلوة بالأجنبية ، بجامع أن فى كل من الأصل والفرع إقامة مظنة الشىء مقام الشىء وإعطاء المظنة حكم المظنون .

وإذا كنا قد رأينا أن الآخذين بالمصالح المرسلة يعرفونها بأنها المصالح الملائمة ، ويفسرون الملاءمة بالدخول تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، ثم يجعلون عمدتهم فى التمثيل لها ، والاستدلال على حجتها إعطاء الصحابة الشارب حكم القاذف(١) ، فإن الشافعى إذ يحتج بالقياس على أنه مصلحة معتبرة تعتمد على النص ، وترجع إلى الخبر اللازم من الكتاب أو السنة ، وإذ يدخل فيه المصلحة التى اعتبر الشارع جنسها ، ويكتفى باشتراك الفرع والأصل فى جنس المعنى دون عينه ، فإن الشافعى بذلك يكون قائلا بالمصالح المرسلة التى يقول بها مالك .

---

(١) راجع الغزالى فقد مثل بهذا المثال فى شفاء الغليل ، وجعله العمدة فى الاستدلال .

فالآمدى بعد أن يقسم الوصف المناسب ثلاثة أقسام: قسم اعتبره الشارع، وقسم ألغاه، وقسم لم يرد عنه اعتباره ولا إلغاؤه بنص معين، يجعل الوصف الذى اعتبره الشارع أقساماً ويذكر منها الملائم المرسل فيقول « القسم الثالث أن يكون الشارع قد اعتبر جنس المصلحة فى جنس الحكم لا غير . . . وذلك كاعتبار جنس المشقة فى جنس التخفيف »(١) .

والبيضاوى والأسنوى من بعد، يجعلان الوصف المناسب أقساماً ثلاثة كما يفعل الآمدى، قسم اعتبره الشارع، وقسم ألغاه، وقسم أرسل عن الاعتبار والإلغاء، ثم يعرف الوصف أو المصلحة المعتبرة بأنها الوصف الذى أورد الشارع الفروع على وفقه ثم يقسم الوصف المعتبر أقساماً يجعل منها ملائم المرسل، فيقول « والرابع : أن يعتبر الشارع جنس الوصف فى جنس الحكم، كما قال على رضى الله عنه، فى شارب الخمر، أرى أنه إذا شرب هذى، وإذا هذى افترى فيكون عليه حد المفترى، يعنى القاذف ووافقه الصحابة على ذلك فقد أوجبوا حد القذف على الشرب، لا لكونه قذفاً، بل أقاموا مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف قياساً على إقامة الخلوة بالأجنبية مقام الوطء فى التحريم لأن الخلوة مظنة له، فقد ظهر أن الشارع اعتبر المظنة التى هى جنس لمظنة الوطء ولمظنة القذف فى الحكم الذى هو جنس لايجاب حد القذف. ولحرمة الوطء »(٢).

وابن السبكى فى جمع الجوامع يجعل الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم مصلحة معتبرة تدخل فى باب القياس فيقول : ثم المناسب

---

(١) الأحكام للآمدى ج ٤ ص ٤٥٥ — ص ٤١٠ .

(٢) نهاية السول ج ١ ص ٩١ .

إن اعتبر بنص أو إجماع عين الوصف فى عين الحكم فالمؤثر وإن لم يعتبر بهما. بل يترتب الحكم على وفقه ولو باعتبار جنسه فى جنسه فالملائم »(١).

فهؤلاء الكتاب من الشافعية يتفقون على أن الشافعى ممن يحتج بالقياس، وأن القياس هو المصلحة التى اعتبرها الشارع ، وأن اعتبار الشارع كما يكون باعتبار عين المصلحة ، يكون باعتبار جنسها . فالمصلحة الملائمة إذن مصلحة معتبرة ؛ اعتبرها الشارع وبنى أحكامه على أساسها ، وفرع الفروع على وفقها ، وهى داخلة عندهم فى باب القياس .

ويكون القياس عند هؤلاء الكتاب شاملا لنوعين : نوع كان اشتراك الأصل والفرع فيه فى عين العلة أو الوصف الجامع ، والنوع الآخر كان اشتراك الفرع مع الأصل فيه فى جنس العلة أو المعنى الجامع ، وذلك كما فى إعطاء الشارب حكم القاذف إذ هما مشتركان فى جنس المعنى ، وهو إقامة المظنة مقام المظنون ، وإن كان فى الأصل نوع من الوصف مغاير لما فى الفرع، ذلك أن المعنى الذى فى الأصل أنه مظنة زنا ، والمعنى الذى فى الفرع أنه مظنة قذف . وهما نوعان من الوصف متغايران فى النوعية . ولكنهما يدخلان تحت جنس واحد . وإعتبار الشارع مظنة الزنا . يعد اعتباراً منه مطلق المظنة . حتى جاز أن يقال إن الشارع أعتبر مظنة القذف أيضاً.

وبالمثل فان هذا التخريج يمكن أن يقال فى تضمين الصناع . وضرب المتهم . والعقوبة فى المال وغيرها من الفروع التى كان أساس الفتوى فيها أن فيها تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة . والأصل لهذه الفروع أحكام منصوص عليها . وفيها قدم الشارع أنواعاً من المصالح العامة مغايرة للأنواع الموجودة فى هذه الفروع . على أنواع من المصالح الخاصة ، مغايرة أيضاً للمصالح الخاصة فى هذه الفروع . إلا أنه يجمع الأصل وهذه الفروع

---

(١) نهاية السول ج ٤ ص ٩١ .

جنس المعنى وهو أن فى كل منها تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، والشارع باعتباره تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة معينة ، يعد معتبراً لجنس هذا المعنى وهو أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة عند التعارض فى كل واقعة غير منصوص على حكمها .

فكل فرع كان سند فتوى القائلين بالمصالح المرسلة فيه هو المصلحة ، يمكن إجراء القياس فيه على طريقة جمهور الكتاب من الشافعية ، على أساس أن اشتراك الأصل والفرع كان فى جنس الوصف لا فى عينه ، وأن الحكم المراد إعطاؤه للفرع ، وإن لم يكن عين حكم الأصل ، فإنه حكم من جنسه .

وبالجملة فإذا كان القياس عند هؤلاء هو مساواة الأصل للفرع فى العلة والحكم ، فإن للمساواة عندهم معنى أوسع من غيرهم . إذ هى أعم من المساواة فى النوع والمساواة فى الجنس ، فسواء ساوى الفرع الأصل فى نوع العلة أو الحكم أم كانت المساواة مساواة فى الجنس فقط ، فإن المساواة توجد ، وحكم القياس يثبت .

بقى أن نتساءل إذا كان الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم مصلحة اعتبرها الشارع ويرجع حاصلها إلى القياس ، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ، فما هى إذن المصلحة التى لم يعتبرها الشارع ولم يلغها ؟

والجواب أن هؤلاء الكتاب يعنون بهذه المصلحة التى لا تدخل تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين ، وهى التى سماها الغزالى المصلحة الغريبة ، وعرفها بأنها الوصف الذى لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، وقال عنها فى شفاء الغليل « ما سكتت شواهد الشرع عنه ونصوصه ، فلا يناقضه نص ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التى يتضمن

اتباعها إحداث أمر بديع لا عهد لمثله فى الشرع »(١).

ولما كانت المصلحة المرسلة عند هؤلاء الكتاب بهذا المعنى ، فإنهم يتفقون على رفض الشافعى الأخذ بالمصالح المرسلة ، لأنها بالمعنى السابق ستحسان وتلذذ ، لا تستند إلى خبر لازم من كتاب أو سنة . وسنرى أن معنى الاستحسان عند الشافعى هو المصلحة الغريبة كما شرحها الغزالى فى شفاء الغليل .

وخلاصة القول : إن هؤلاء الكتاب يدخلون المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع فى باب القياس ، ولما كان الشافعى ممن يقول بالقياس . فإنه يكون قائلا لا محالة بهذا النوع من المصالح ، وأما المصلحة التى لا تدخل تحت جنس اعتبره الشارع ، فهى المصلحة المرسلة عندهم ، وهم يحكون عن الشافعى رفضه لهذا النوع من المصالح ، ولما كانت هذه المصلحة الغريبة التى لم يشهد لنوعها ولا لجنسها نص شرعى ، فإن الشافعى — كما يؤخذ من أصوله — يرفض الأخذ بها أشد الرفض .

أما أولا ، فلأنها غير داخلة فى باب القياس الذى يعتبره الشافعى حملا على نصوص الشرع ، وإعطاء واقعة لا نص فيها حكم واقعة ورد النص بحكمها ، إن وجد فى الواقعة الثانية ، مثل المعنى الذى لأجله حكم الشارع فى الواقعة الأولى . . وفى المصالح الغريبة ليست هناك واقعة ورد النص بحكمها . حتى يمكن أن ينظر الفقيه فى المعنى الذى لأجله كان الحكم المنصوص ، ثم يحاول أن يعدى هذا الحكم إلى الواقعة التى لا نص فيها ، والتى تشارك الواقعة الأولى فى المعنى الذى كان لأجله الحكم .

أما ثانياً ، فإن تحديد معنى الاستحسان — كما سنبينه من كلام الشافعى

---

(١) شفاء الغليل ص ١٨٢ .

ينطبق تمام المطابقة على المصلحة الغريبة ؛ إذ فى كل منهما لا يعتمد الفقيه على خبر لازم من كتاب أو سنة ، أو لا يجتهد على عين قائمة يتوخى معناها ليصيبه بطريق القياس .

والغزالى وإن لم يدخل الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم فى باب القياس ، إلا أنه يراه حجة وطريقاً صحيحاً من طرق الاستدلال بالنصوص ، ويسميه المصلحة المرسلة أو الاستدلال المرسل . وقد مثل لهذا النوع من المصالح بإعطاء الشارب حد القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف قياساً على إقامة مظنة الزنا ، وهو الخلوة بالأجنبية مقام الزنا فى الحرمة ، وهو المثال الذى مثل به الآمدى والبيضاوى ، والأسنوى وابن السبكى للمصلحه المعتبرة التى يرجع حاصلها إلى باب القياس .

وبذلك يكون الغزالى موافقاً لجمهور الشافعية فى أن المصلحة الملائمة أو الوصف الذى اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين حجة شرعية تعتمد على النصوص وليس شيئاً خارجاً عنها ، والقول بها حمل على خبر لازم من كتاب أو سنة ، وليس قولا بالاستحسان ، ولا تشريعاً بالهوى والتلذذ . وأن الوصف الذى لم يعتبر الشارع نوعه ولا جنسه أو المصلحة الغريبة كما يعبر عنها الغزالى ليست بحجة وأن الشافعى يرفض القول بها .

ويكون الفرق بين الغزالى وبين جمهور الشافعية أن الغزالى يطلق على هذا النوع اسم المصالح المرسلة ، قاصراً القياس على المصلحة التى شهد النص فيها لعين المصلحة ، أما ما شهدت النصوص فيه لجنس المصلحة فهو المصلحة المرسلة . فى حين أن الجمهور يعتبر المصلحة الملائمة مصلحة معتبرة تدخل فى باب القياس ، جاعلين للقياس معنى أوسع مما يرى الغزالى ، أما ما أسماه الغزالى مصلحة غريبة فقد سموه مصلحة مرسلة ، واتفقوا معه على رده وعدم القول به .

وإذا صرفنا النظر عن الأسماء يمكن القول بأن كتاب الأصول من الشافعية يحتجون بالمصلحة ويريدون بها المصلحة التى تدخل تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، ومعنى اعتباره إيراد الفروع المنصوصة على وفقه ، والالتفات إليه فى التشريع .

وأما المصلحة الغريبة التى لم يعتبر الشارع جنسها ولم يورد الفروع على وفقها ، ولا يشهد لها نص معين ولا غير معين بملاحظة الشرع لها ، فهى مصلحة لا يحتج بها الشافعية .

وهذا يمثل قول إمام الشافعية رضى الله عنه ، فقد قلنا إن المصلحة الملائمة تدخل عنده فى باب القياس وأما المصلحة الغريبة فهى الاستحسان الذى لا يرجع القائل به إلى الخبر يأخذ منه الحكم نصاً ، أو استنباطاً بطريق القياس ، وجهة العلم عند الشافعى خبر لازم يؤخذ الحكم منه نصاً أو استنباطاً بطريق القياس كما سبق بيانه .

المطلب الثانى

كتاب الأصول من الأحناف وإن اختلفوا فى ملائم المرسل أهو من باب القياس أم يرجع إلى علة مبتدأة فى الشرع إلا أنهم يحكون عن الشافعى قبوله

ملائم المرسل كما يراه كتاب الأحناف ، هو الوصف الذى لم يثبت الحكم معه فى أصل ما ، ولكن ثبت اعتبار الشارع جنسه فى جنس الحكم . فالإرسال من حيث إن الشارع لم يعتبر عين الوصف بنص معين ، أو لم يرتب الحكم على وفقه بذاته فى أصل ما ، وأما الملاءمة ، فلأن الشارع اعتبر جنس هذا الوصف ورتب الأحكام عليه ، وفرع الفروع على وفقه .

وكتاب الأصول من الحنفية يختلفون فى تكييف هذا النوع من المصالح ،

كما سنرى فيما بعد إلا أنهم مع اختلافهم هذا ينسبون إلى الشافعى القول بملائم المرسل أو المصلحة الملائمة ، وفى ذلك يقول صاحب التقرير والتحبير(١)« وما علم اعتبار أحدها (الجنس فى الجنس أو الجنس فى النوع أو العكس) وهو الملائم المرسل ، وعن مالك والشافعى قبوله » فتراهم مع اختلافهم فى الاسم الذى يجب إطلاقه على الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم ، أهو قياس . أو علة مبتدأة ، إلا أنهم يحكون عن الشافعى قبوله » .

وصاحب التقرير والتحبير يرى أن الملائم المرسل هو المصالح المرسلة عند القائلين بها(٢). أما المصلحة الغريبة ، أو مرسل الغريب ، كما يسميه هو ، فهو فى نظره مردود باتفاق ، وقد حكى هذا الاتفاق على رد المصالح الغريبة الغزالى قبله .

وأما صاحب مسلم الثبوت ، فإنه يرى أن الغريب من المرسل ، وهو المصلحة الغريبة ، هو المسمى بالمصالح المرسلة ، وأن ملائم المرسل ، أو المصلحة الملائمة ليست هى المصالح المرسلة ، واختلفوا فى الاسم الذى يطلق عليها كما سبق. ثم هو يحكى عن الشافعى القول بالمصلحة الملائمة دون الغريبة فيقول :

وينقسم (أى المرسل) إلى ما علم الغاؤه . . وإلى ما لم يعلم ، فإن لم يعلم فيه أحد اعتبارات الملائم فهو الغريب من المرسل ، وهو المسمى بالمصالح المرسلة ، حجة عند مالك . . وأن علم فيه ذلك فهو المرسل الملائم ، قبله الإمام ، ونقل عن الشافعى(٣).

---

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٥٠ .

(٢) راجع التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٤٧ — ص ١٥١ .

(٣) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٦٥ .

وعلى هذا نجد كاتبين من كتاب الأصول الأحناف يتفقان على أن الشافعي يقول بالمصلحة الملائمة التي وإن لم يعتبر الشارع عينها بنص معين ، فقد اعتبر جنسها في الجملة بغير نص معين ، وأنه يرفض الأخذ بغريب المرسل ، الذي لم يشهد فيه النص لعين المصلحة ، ولا لجنسها وبعد ذلك يختلفان . فأما صاحب التقرير والتحبير ، فيعطي اسم المصلحة المرسلة للملائم المرسل ، ويحكي الاتفاق على رد الغريب من المرسل ، وصاحب مسلم الثبوت يطلق المصلحة المرسلة على المصلحة الغريبة ، حاكياً الخلاف فيها ، ثم يجعل المصلحة الملائمة شيئاً خارجاً عن المصالح المرسلة ، ويحكي خلاف الحنفية في تكييفها ، أهي داخلة في باب القياس محذوف الأصل ، أم يجب أن يسمى علة شرعية ثابتة بالرأي ، ومأخوذة من جملة نصوص ومجموع أدلة ، أم هي قياس عادي ، يجري الفقيه فيه القياس ، ويذكر الأصل الذي وجد فيه حكم من جنس الحكم المراد إعطاؤه للفرع وعلة من جنس العلة الموجودة فيه.

وهذا الخلاف عند الحنفية لا يعنينا فيما نحن فيه ، وإنما الذي يعنينا هو أن الحنفية يحكون عن الإمام الشافعي القول بالمصالح الملائمة دون الغريبة . وهذا يوافق نقل الشافعية عن أمامهم ، كما يؤخذ من كلام الإمام نفسه ، في كتاب الرسالة والأم ، وما نقل عنه في غيرهما .

وبإضافة هذه النتيجة إلى ما سبق يكون القول بالمصالح الملائمة دون الغريبة ثابتاً عن الشافعي رضى الله عنه .

المطلب الثالث
كتاب الأصول المالكية يصرحون باعتماد الشافعي الاستدلال المرسل

يكاد يتفق كتاب الأصول من المالكية على ان الشافعي رضى الله عنه ممن يقول بالمصالح الملائمة دون الغريبة . وإليك رأى بعض هؤلاء الكتاب .

(ا) الشاطبي : أما الشاطبي فهو يصرح بأن الشافعي ممن يقول بالمصالح الملائمة التي ترجع إلى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين ، فهو يقول : «كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بجميع أدلته مقطوعاً به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها ، لأن ذلك كالمتعذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه»(١) .

ويحكي الشاطبي في نفس الوقت الإجماع على رد المصالح الغريبة التي لا تدخل تحت جنس اعتبره الشارع ولم يرد نص معين على وفق عين المصلحة . فتراه يقسم ما سكتت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه إلى قسمين :

أولهما : وصف لم يشهد الشرع لجنسه ثم يرده ، ويمثل له بمنع القاتل من الميراث على تقدير عدم وجود النص عليه ، فيقول فإن هذه العلة لا عهد بها في تصرفات الشرع بالفرض، ولا بملائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله .

وثانيهما: وصف يلائم تصرفات الشرع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وهو الاستدلال المرسل ،

---

(١) الموافقات جـ ١ ص٣٩ .

المسمى بالمصالح المرسلة التى حكى القول بها عن مالك والشافعى رضى الله عنهما .

(ب) القرافى : والإمام القرافى المالكى، وإن لم يخص الشافعى بالقول بالمصالح المرسلة إلا أنه يذكر أن المصالح المرسلة عامة فى المذاهب وليست فى مذهب المالكية وحدهم ، وهذا الكلام، بعمومه وإطلاقه يشمل الشافعى رضى الله عنه . وبذلك يكون القرافى ممن يرى أن الشافعى يحتج بالمصلحة الملائمة كطريق من طرق الاستدلال بالنصوص ، وإن لم تكن أصلا مستقلا ، ولا دليلا قائماً بذاته . يقول القرافى فى التنقيح » .

« والذى جهل أمره هو المصلحة المرسلة التى نحن نقول بها ، وعند التحقيق هى عامة فى المذاهب . . . لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا معنى بالمصلحة المرسلة إلا ذلك » .

هذا ، وإن كان القرافى لا يعنى بالمصلحة المرسلة فى كلامه هذا المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، فإن هذه عنده من المصلحة المعتبرة الداخلة فى باب القياس ، ولا يعنى بها فى نفس الوقت المصلحة الغريبة أو الغريب المرسل ، وإنما يعنى بها الإخالة ، أو استخراج المناط . ذلك أنه عد المصلحة التى اعتبر الشارع جنسها ، داخلة فى باب القياس ، أو المصلحة التى اعتبرها الشارع . ثم إنه لا يمكن أن يقصد المصلحة الغريبة بمعنى غريب المرسل ، لأن غريب المرسل ، وصف لم يثبت الحكم معه فى أصل ما ، ولم يثبت عن الشارع اعتبار جنسه ، وهو هنا يذكر أن قصده بالمصلحة المرسلة القياس بين الأصل والفرع ، وإبداء الفرق بينهما ، بذكر الوصف المناسب الذى لم يثبت أنه علة فى أصل معين ، وإنما اكتفى فيه المجتهد بمطلق المناسبة . وهذا هو إثبات المصلحة بالإخالة أو بالاستنباط دون أن يدل النص على أن هذا الوصف بعينه هو علة الحكم .

فالقرافى هنا يذكر القياس، وهو حمل فرع على أصل، والفرق ،وهو إبداء فارق بين الأصل والفرع ، ويقول إن الفقهاء من أرباب المذاهب جميعاً يقيسون الفرع على الأصل ، ويفرقون بينهما ، بمجرد إبداء المناسبة بين الأصل والفرع ، أو إبداء الفارق دون ذكر الأصل المعين الذى يدل على أن الوصف الذى كان به الجمع أو الفرق وصفاً مؤثراً ، فى هذا النوع من المصالح ، يكون أمام الفقيه الأصل الذى يقيس عليه ، ولكن هذا الأصل لم ينص فيه ، ولا فى غيره على العلة التى كانت مناطاً لحكم الأصل ، وإنما استنبطها المجتهد، ثم حمل الفرع على الأصل بهذه العلة المستنبطة ، وقد اتفق الفقهاء ماعدا الحنفية ، على أن ترتيب الحكم على الوصف يفيد ظن اعتبار الشارع هذا الوصف علة لهذا الحكم دون حاجة إلى النص أو الإجماع على عين العلة . ولكن جمهور كتاب الأصول عدا القرافى وصدر الشريعة لا يطلقون على هذا النوع من القياس المستنبط بالعلة، اسم المصالح المرسلة، لأن الإرسال يعنى الإرسال عن النص الذى يشهد لعين المصلحة أو الوصف ، وإذا كان بجرد ترتيب الحكم على الوصف شهادة من الشرع لعين الوصف ، كان هذا النوع من المصالح داخلا فى باب القياس مستنبط العلة ، وليس داخلا فى المصالح المرسلة . وذلك لوجود الأصل الذى اعتبر فيه الشارع عين الوصف فى عين الحكم بالترتيب وتوصل إليه المجتهد بالإخالة.

وإذا صرفنا النظر عن الأسماء التى تطلق على بعض طرق الاستدلال الشرعية ، ونظرنا إلى المعنى فقط ، فإن الإمام الشافعى رضى الله عنه ممن يأخذ بالإخالة ويكتفى فى إثبات علة الوصف بمجرد المناسبة ، مع إثبات الحكم على وفق الوصف المناسب فى الأصل المقيس عليه . ولذلك نجده يقرر أن علة الحرمة فى الأصناف الستة الربوية هى الطعم فى بعضها والثمنية فى البعض الآخر ، وهذه علة غير منصوص عليها ، وإنما أخذت بطريق

الاستنباط من النص . وكذلك استنبط الشافعى علة المنع من الميراث بالاجتهاد ، وإن لم يكن عين العلة منصوصاً عليه . وهكذا .

بل إن الشافعى يصرح بأن الشارع إذا نص على حكم فى واقعة معينة ، ثم وجدت دلالة فى هذا النص ، أو فى غيره من النصوص الشرعية ، على أنه إنما حكم بهذا الحكم فى هذه الواقعة لمعنى من المعانى ، ثم نزلت نازلة لم ينص فيها بعينها حكم ، ووجد المجتهد أن هذه الواقعة تشترك مع الواقعة المنصوص عليها فى ذلك المعنى ، فإن المجتهد يحكم فى الواقعة الثانية بحكم الواقعة الأولى . ولم يشترط الشافعى أن ينص الشارع على عين المعنى الذى لأجله حكم ، كما نص على الحكم نفسه ، وإنما يمكن أن توجد دلالة على هذا المعنى من هذا النص أو من غيره من النصوص الشرعية ، وما يحف بها من القرائن ، وما يحيط بها من الملابسات فيقول :

« كل حكم لله أو لرسوله ، وجدت عليه دلالة فيه أو فى غيره من أحكام الله ورسوله بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها إذا كانت فى معناها »[1] .

فأنت تراه لا يشترط أن ينص الشرع على المعنى الجامع بين الأصل والفرع ، كما اشترط أن ينص على حكم الأصل ، واكتفى بأن تكون هناك مجرد دلالة فى هذا الحكم أو فى غيره من أحكام الله ورسوله أن الله إنما حكم بهذا الحكم لذلك المعنى ، وهذا هو استنباط العلة من النص إذا لم تكن العلة منصوصاً عليها .

والخلاصة أن القرافى إذا كان يعنى بالمصلحة المرسلة جمع الفقيه بين الفرع والأصل ، وفرقه بينهما ، معتمداً فى هذا الجمع وذلك الفرق على مجرد إبداء المناسبة بين المعنى الذى به جمع أو فرق ، وبين الحكم الذى رتبه الشارع

---

(١) الرسالة ص ٥١٢ .

على هذا الوصف ، فإن هذا قياس ، العلة فيه تسمى مناسباً غريباً ، وهو الذى يقول فيه الغزالى : «ومناسب يشهد له أصل معين لكنه لا يلائم » ويرى أنه فى محل الاجتهاد ، ويوافقه الشاطبي على ذلك .

وعلى كل حال فسواء سمى هذا مصلحة مرسلة أو مناسباً غريباً شهد له الأصل المعين دون ملاءمة لجنس تصرفات الشرع ، وسواء أكان الأفضل أن يدخل تحت القياس ويكون نوعاً منه ، أم يخص باسم المصلحة المرسلة ، على أن يقصد بالإرسال عدم وجود النص أو الإجماع على أن عين هذا الوصف علة ، وهو المسمى بالتأثير ، فإن الشافعى رضى الله عنه يأخذ به وهو داخل عنده فى باب القياس .

وللقرافى الحق فى أن يطلق على القياس الذى وجد فيه الأصل المعين ، واستنبط الفقيه منه العلة ، اسم المصلحة المرسلة ، أما أن يدعى أن المالكية لا يقصدون بالمصلحة المرسلة إلا ذلك فهو مالا نوافقه عليه ، ذلك أننا رأينا أنه يدخل على الأقل فى المصلحة المرسلة ، المصلحة الملائمة ، أى التى لم يشهد النص فيها لعين المصلحة ، وإنما شهد لجنسها .

المطلب الرابع

الشوكانى ينسب إلى الشافعى القول بالمصالح الملائمة

ولقد تكلم الشوكانى فى « إرشاد الفحول » على مذاهب العلماء فى المصلحة المرسلة ثم قال : « الثالث : إن كانت ملائمة لأصل كلى من أصول الشرع أو لأصل جزئى جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا . حكاه ابن برهان فى الوجيز عن الشافعى ، وقال إنه الحق المختار . قال إمام الحرمين ، ذهب الشافعى ومعظم أصحاب أبى حنيفة إلى تعليق الأحكام بالمصالح المرسلة بشرط الملاءمة للمصالح المعتبرة المشهود لها بالأصول »[1].

(١) إرشاد الفحول ص ٢٤٢ .

فكل من ابن برهان ، وإمام الحرمين ينسب إلى الشافعي القول بالمصالح الملائمة التي تدخل تحت أصل شهدت له النصوص ، وهما يتفقان على أن الشافعي إنما يقبل المصلحة التي تشهد لها الأصول الشرعية ، سواء شهد أصل جزئي لعين المصلحة ، أو شهد أصل كلي لجنسها ، ولقد سبق القول بأن معنى القياس عند الشافعي يشمل النوعين جميعاً ، فإذا اشترك الفرع مع الأصل في عين المعنى فهو المصلحة التي شهد لها الأصل الجزئي ، وإذا اشترك الفرع مع الأصل في جنس المعنى فهو المصلحة التي شهد لها الأصل الكلي . فقول الشافعي أن السارق يضمن المسروق وأن قطع قياساً على الغاصب ، بجامع الاعتداء في كل منهما ، مصلحة شهد لها أصل جزئي ، هو نص تضمين الغاصب ، وإذا قال إن الشريك يقتص منه ، كما يقتص من القاتل على التحقيق ، والجامع بين الأصل والفرع هو الزجر وعصمة الدماء ، فإن هذه مصلحة شهد لها أصل كلي لم يؤخذ من نص واحد ، ولم يدل عليه دليل معين ، وإنما أخذ من جملة نصوص أفادت في مجموعها قصد الشارع إلى عصمة الدماء ، والزجر عن إتلاف النفوس .

ونرى أن كلا من ابن برهان وإمام الحرمين يحرصان على التصريح بأن الشافعي إنما يعتبر المصلحة التي شهد لها الأصل الشرعي ، سواء كان هذا الأصل أصلا جزئياً ، بمعنى أنه يشهد لعين المصلحة بالاعتبار ، أم كان أصلا كلياً ، بمعنى الأصل الذي يشهد لجنس المصلحة بالاعتبار ، وهذا يتفق مع حرص الشافعي دائماً على أن يؤكد أن الاجتهاد الصحيح إنما يكون بطريق القياس على الخبر اللازم كتاباً كان أو سنة ، وأن الخبر عين قائمة يتأخى معناها المجتهد ليصيبه ، فهو يقول : « والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم من كتاب أو سنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه . . وموافقته تكون من وجهين :

أحدهما : أن يكون الله أو رسوله حرم الشيء منصوصاً ، أو أحله

لمعنى ، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة — أحللناه أو حرمناه ، لأنه فى معنى الحلال والحرام[١].

أو نجد الشيء يشبه الشيء منه ، والشيء من غيره ، ولا نجد شيئاً أقرب به شبهاً منهما ، فنلحقه بأولى الأشياء شبهاً » .

فالذى يحرص عليه الشافعى دائماً هو أن يكون هدف الفقيه تطبيق النص وإصابته ، وذلك بإصابته عيناً ، إذا كان الخبر قد نص على الحكم ، أو بإصابته اجتهاداً ، وذلك بالقياس على الخبر والفقيه إذ يهدف فى اجتهاده إلى تطبيق النص ، وذلك باستنباط علة الحكم من النص ، ثم نقل هذا الحكم لكل ما توافرت فيه هذه العلة ، الفقيه إذ يفعل ذلك يكون طالباً للنص ، موافقاً له ، وليس خارجاً عنه ، ولا مفتاتاً عليه فهو يقول[٢]:

« وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا فى الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر » .

فكلامه هذا صريح فى أن قياس ما ليس فيه خبر على الخبر اتباع للخبر . وإنما كان عمل المجتهد بذل الجهد والاستعانة بدلالات العقل وغيره لإصابة العين القائمة وهو الخبر ، من كتاب أو سنة . وهو إذا قام بواجبه مستعيناً بالله مخلصاً له النية وجد لا محالة الخبر . إذ كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، لأن الله لم يترك الناس سدى ، ولم يأذن لهم فى القول فى دينه بالتلذذ ، وموافقة الطبع ومنافرته ، وعلى المجتهد إذا كان فى النازلة بعينها حكم أتباعه ، وإذا لم يكن بعينها ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيها بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس[٣].

---

(١) الرسالة ٤٠ : ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٢) المرجع السابق ٥٠٥ .

(٣) المرجع السابق ٤٧٧ .

المطلب الخامس

الزنجاني ينسب القول بالمصالح الملائمة للإمام الشافعي في كتابه تخريج الفروع على الأصول

وهذا فقيه من أعلام الشافعية هو أبو المناقب محمد بن أحمد الزنجاني المتوفى في سنة ٦٥٦ ينسب كتابه تخريج الفروع على الأصول القول بالمصالح المرسلة إلى الإمام الشافعي رضي الله عنه فيقول :

« ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع ، وأن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز »[1].

ثم ذكر هذا الفقيه بعض الأمثلة التي أخذ فيها الشافعي بالمصلحة المرسلة المستندة إلى كلى الشرع ، ثم ذكر حجة الشافعي في أخذه بهذا النوع من المصالح . وأنا أذكر لك مثالا يتبين منه طريقة إجراء الاستدلال بالمصلحة المستندة إلى كلى الشرع عند الشافعي ، ثم أذكر خلاصة الدليل الذي روى الكاتب أن الشافعي يستدل به على الأخذ بالمصالح .

١ - يقول[2]: وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي رضي الله عنه ، فإنه عدوان وحيف في صورته ، من حيث إن الله تعالى قيد الجزاء بالمثل فقال : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » . ثم عدل أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة . وذلك أن المماثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفضى إلى الفناء ، إذ الغالب وقوع القتل بصفة الشركة ، فإن الواحد يقاوم الواحد غالباً » .

فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلا عند ملاحظة العدل المتوقع

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ١٦٩ .

(٢) المرجع السابق ١٧٠ .

منه ، والعدل فيه جوراً عند النظر إلى الجور المتوقع منه . فقلنا : بوجوب القتل دفعاً لأعظم الظلمين بأيسرهما . وهذه مصلحة لم يشهد لها أصل معين فى الشرع ، ولا دل عليها نص كتاب ولا سنة ، بل هى مستندة إلى كلى الشرع ، وهو حفظ قانونه فى حقن الدماء ، مبالغة فى حسم مواد القتل واستبقاء جنس الإنسان » .

فقتل الجماعة بالواحد — فى نظر الشافعى — مصلحة ، وإن لم يشهد نص لعينها ، فإنها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وداخلة تحت أصل كلى مأخوذ بالاستقراء من نصوص الشريعة ، لم يدل عليه نص معين ، وإنما اعتبره الشارع بغير نص معين . فأصل حقن الدماء أصل مقطوع به ، دلت عليه النصوص الشرعية .

وبيان ذلك أن النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس ، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير ، فعلمنا من ذلك أن المحافظة على النفس وحقن الدماء مصلحة اعتبرها الشارع وشهدت لها نصوصه فى الجملة بغير دليل معين ، وأن هذا الأصل كلى من الكليات الشرعية المستنبطة وعام أخذ بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة ، كما أن العام المأخوذ الاستقراء مع العام المستفاد من الصيغة فى مرتبة واحدة فى الحجية .

٢ — دليل الشافعى على اعتبار المصالح المستندة إلى كلى الشرع :

ولقد ذكر الزنجانى دليل الشافعى على الأخذ بالمصلحة الملائمة

والمستندة إلى كلى شرعى ، كطريق من طرق الاستدلال بالنصوص فقال(١): « واحتج فى ذلك ، بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها ، وكذلك أحكام الوقائع ، لا حصر لها ، والأصول الجزئية التى تقتبس منها المعانى والعلل محصورة متناهية ، والمتناهى لا يعفى بغير المتناهى . فلا بد إذن من طريق آخر ، يتوصل به إلى إثبات الأحكام الجزئية ، وهو التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلى وإن لم يستند إلى أصل جزئى » .

ولقد أشار الشافعى فى الرسالة إلى هذا المعنى، فلقد صرح بأن كل نازلة تنزل بمسلم ففيها حكم لازم ، ثم قرر أن هذا الحكم اللازم ليس منصوصاً عليه دائماً ، بل إنه قد يكون غير منصوص عليه ، وحينئذ فيجب على المجتهد أن يبحث عنه ، وذلك بقياسه على حكم منصوص عليه ، غير أن الواقعة المراد معرفة حكمها قد لا تشارك الواقعة المنصوص عليها فى عين العلة أو المعنى أو المصلحة الجزئية ، وحينئذ فلابد من التسليم بقياس هذه النازلة على نازلة أخرى ، إذا كان المعنى الذى فى النازلة الجديدة مثلا للمعنى أو المصلحة الموجودة فى النازلة المنصوص على حكمها ،أو بعبارة أخرى إذا كانت المصلحة الموجودة فى الفرع من جنس المصلحة الموجودة فى الأصل، وليست من نوعها ، وإذا آل الأمر إلى ذلك ، فإن جنس المصلحة الذى اشترك فيه الأصل والفرع هو الأصل الكلى أو كلى الشرع ، أو المقصد الشرعى كما يسميه الزنجانى .

فحفظ النفس وحقن الدماء أصل كلى أخذ من نصوص شرعية كثيرة . فإذا أردنا أن نعرف حكم القصاص فى الشريك ، وهى نازلة غير منصوص على حكمها ، فإننا لا نجد أصلا تشترك معه فى عين المصلحة أو عين العلة ،

---

(١) تخريج الفروع ص ١٧١

ولكننا نجد أن هناك أصلا هو قتل القاتل، يشترك معه فى جنس المصلحة، فى القصاص من الشريك ، كما فى القصاص من الأصل حقن للدماء وحفظ للنفوس .

ومالنا نذهب بعيداً وكل أصول الفقه ، وقواعد الاستـــدلال التى وضعها الشافعى لتكون قوانين حاكمة يرجع إليها المجتهد فى الاستنباط هى من هذا القبيل ، أى كليات شرعية لم تؤخذ من دليل واحد ، ولا ترجع إلى أصل معين ، وإنما أخذت من النصوص الشرعية بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، ومن هذه القواعد قاعدة حجية القياس نفسه ، وقاعدة ترتيب الأصول الشرعية فى الاستدلال ، وغير ذلك من القواعد . وسوف نفصل القول فى ذلك بعد قليل إن شاء الله تعالى .

والذى يجب التنبيه عليه أن الشافعى إذ يأخذ بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع ، لايفرق بين العادات والعبادات كما يفعل المالكية ، فما دامت القاعدة العامة أو الأصل الكلى قد ثبت عنده ، فإنه يرجع إليه ويعتمد عليه فى التفريع ، إذ المجتهد قد توصل إلى هذا الكلى المعقول من نصوص الشريعة . ولهذا رأينا الزنجانى يذكر من المصالح المرسلة عند الشافعى التفرقة بين العمل القليل والكثير ويقول إن هذه التفرقة تستند إلى كلى الشرع ، ولا ترجع إلى نص معين فيقول[1] : « قال الشافعى رضى الله عنه : حد العمل الكثير ما إذا فعله المصلى اعتقده الناظر إليه متحللا من الصلاة وخارجاً عنها ، كما لو اشتغل بالخياطة والكتابة وغير ذلك . والعمل القليل مالا يعتقد الناظر مرتكبه خارجاً عن الصلاة كتسوية ردائه ومسح شعره . وليس لهذا التقدير أصل خاص يستند إليه وإنما استند إلى أصل كلى وهو أنه قد تقرر فى متطلبات الشرع ، أن الصلاة مشروعة للخشوع والخضوع . فمادام

---

(١) المرجع السابق ص ١٧٠ .

الإنسان على هيئة الخشوع ، يعد مصلياً ، وإذا انخرم ذلك لا يعد مصلياً ».

فهذا مثال يدخل فى باب العبادات ولكن المصلحة فيه معقولة ويمكن للفقيه التعرف عليها من نصوص الشرع فى الجملة وإن لم يأخذها من نص معين .

وقد رأينا الشاطبي يقصر نطاق المصالح المرسلة على العادات دون العبادات ، ويصرح بأن مالكاً فى العبادات يتبع النص المعين ، ولا يتبع المصالح . مقرراً قاعدة مؤداها أن الأصل فى العبادات التعبد دون الوقوف على المعانى ، والأصل فى العادات اتباع المعانى دون التعبد .

وطريقة الشافعى أكثر اتفاقاً مع المنطق ، إذ ما دام المجتهد قد توصل إلى كلى شرعى من استقرائه لنصوص الشريعة فعليه أن يطبق هذا الكلى على الجزئيات لا فرق بين عادة وعبادة ، إذ الفرض أن المجتهد لا يتوصل إلى المقصود الشرعى إلا بعد أن يفهم الحكم والمعانى والعلل من النصوص التى أخذت فى استقراء الأصل الكلى . فإذا قلنا إن معنا أصلا كلياً وجب تطبيقه ، إذ لا يوجد هذا الأصل إلا وقد فهمنا وعقلنا العلل والحكم والمعانى .

المطلب السادس

القول بجواز القياس فى الأسباب يعنى القول بالمصالح المرسلة

ينسب جمهور الأصوليين إلى الشافعى رضى الله عنه أنه يرى جواز القياس فى الأسباب ، فإذا جعل الشارع القتل سبباً للقصاص من القاتل ، وفهمنا أن العلة فى جعل القتل سبباً للقصاص هى الزجر عن القتل حقناً للدماء ، ثم وجدنا أن قتل الشريك يحقق هذه الحكمة ، فإننا نقيس الاشتراك على القتل ونجعل الاشتراك سبباً للقتل كما جعل الشارع القتل سبباً للقصاص والجامع بينهما أن فى كل منهما زجراً وحقناً للدماء .

وهذه الطريقة من طرق الاستدلال تتفق مع المصلحة المرسلة من ناحية ، وهى تعليل بالحكم والمصالح من ناحية أخرى .

أما أنها تتفق مع المصالح المرسلة فى النتيجة فذلك لأن مآل قياس الاشتراك فى القتل على القتل حقيقة ، الاستناد إلى مصلحة كلية ، هى مصلحة حفظ النفوس وحقن الدماء ، ومآل قياس النباش على السارق الاستناد إلى مصلحة كلية هى حفظ المال . وهذا يؤيد ماسبق أن قلناه من أن كل مصلحة ملائمة يمكن فيها إجراء القياس، على أن يكون الاشتراك بين الأصل والفرع فى جنس الحكم لا فى عينه ، فالاشتراك بين الشريك والقاتل فى جنس المصلحة لا فى عينها ، وكذلك فى النباش .

وأما أن القياس فى الأسباب هو تعليل بالحكم والمصالح الكلية الملائمة لتصرفات الشارع فلأن الفقه إذا قاس الاشتراك فى القتل على القتل نفسه ، فإن العلة الجامعة بينهما هى الزجر وحقن الدماء ، أى الحاجة إلى الزجر وحقن الدماء . وهو تعليل بالمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، إذ ملاءمة حقن الدماء والزجر عن إتلاف النفوس عرفت لا من نص واحد ولا من أصل معين، ولكن من جملة نصوص تفوق الحصر ،وتفيد بمجموعها مراعاة الشارع لهذه المصلحة والالتفات إليها فى التشريع .

وبذلك تلتقى الطرق الثلاث فى الهدف والغاية ،وإن اختلفت فى الاسم وطريقة الاستدلال . فالتعليل بالحكمة والمصلحة ، والقياس فى الأسباب ، والمصلحة المرسلة ، أسماء لمعنى واحد ، فهى طرق استدلال متلازمة ، يلزم من القول بأحدها القول بالآخر ، فإذا أجزنا القياس فى الأسباب فمعنى هذا أن العلة الجامعة بين السببين هى المصلحة والحكمة ، كالجامع بين الشريك والقتل، والنباش والسارق، والتعليل بالمصلحة هو القول بالمصالح المرسلة ، إذ هذه المصالح مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع .

ولذلك نجد الشافعية يمثلون لهذه الطرق الثلاثة بأمثلة واحدة . وإليك عبارات بعض الشافعية فى هذا :

(أ) الغزالى :

يقول الغزالى فى المستصفى(١) «كل حكم شرعى أمكن تعليله فالقياس جار فيه ، وحكم الشرع نوعان : أحدهما نفس الحكم والثانى نصب أسباب الحكم . . والدليل على جواز ذلك اتفاق عمر وعلى رضى الله عنهما على جواز قتل الجماعة بالواحد ، والشرع إنما أوجب القتل على القاتل ، والشريك ليس بقاتل على الكمال ، لكنهم قالوا : إنما اقتص من القاتل لأجل الزجر وعصمة الدماء ، وهذا المعنى يقتضى إلحاق المشارك بالمنفرد . ونزيد على هذا القياس ونقول : هذه الحكمة جريانها فى الأطراف كجريانها فى النفوس فيصان الطرف فى القصاص عن المشارك كما يصان عن المنفرد ، وكذلك نقول يجب القصاص بالجارح لحكمة الزجر وعصمة الدماء والقاتل فى معنى الجارح بالإضافة إلى هذه العلة . . فهذه تعليلات معقولة فى هذه الأسباب لافرق بينها وبين تعليل ولاية الصغر بالعجز ، ومنع الحكم بالغضب » .

فالغزالى إذن يقول بجواز التعليل بالحكم والمصالح كنتيجة حتمية لقوله بجواز القياس فى الأسباب إذ الشارع إنما يجعل الشيء سبباً لحكمة ومصلحة فإذا ما وجدت هذه المصلحة فى أمر آخر ألحقناه بالسبب المنصوص، لاشتراكه معه فى الحكمة والمصلحة . بل إن الغزالى يصرح بأننا إذا أجرينا هذا النوع من القياس « تعدينا إلى إيقاع الحكم والتعليل بها فإنا لسنا نعنى بالحكمة إلا المصلحة المخيلة المناسبة »(٢) .

فهو يقرر جواز القياس فى الأسباب ، ثم يسلم أن ذلك يؤدى إلى التعليل بالحكم ، ثم يذكر هذه الحكم والمصالح فإذا بها مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، بل والأمثلة التى ذكرها للقياس فى الأسباب ،

---

(١) المستصفى جـ ١ ص ٣٣٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٣ .

والتعليل بالحكم والمصلحة المرسلة واحدة ، ومنها قتل الجماعة بالواحد . فقد ذكر هذا المثال فى شفاء الغليل للمصلحة المرسلة ، ثم ذكره هنا للقياس فى الأسباب والتعليل بالحكم .

(ب) الزنجـــانى :

ومثل صنيع الغزالى يفعل الزنجانى فى كتابه تخريج الفروع على الأصول حيث يقول[1] : « لا مانع من إجراء القياس فى أسباب الأحكام عند الشافعى رضى الله عنه ، وذهب الحنفية وطائفة من أصحاب الشافعى إلى منع ذلك » .

ثم يذكر الزنجانى دليل الشافعى على الجواز ، ويرد شبه المعارضين ثم يقول ويتفرع على هذا الأصل مسألتان :

إحداهما : أن السيد يملك إقامة الحد على مملوكه ، إلحاقا لولاية السيادة الخاصة بولاية الإمامة العامة ، نظراً لإيجـــاد المقصود ، وأن أختلف السببان صورة .

الثانية : أن شهود القصاص إذا رجعوا ، وقالوا تعمدنا ، وقتل المشهود عليه ، يجب عليهم القصاص عندنا قياساً للشهادة الباطلة على الإكراه بجامع السبب » .

والزنجانى وهو يستدل للشافعى على جواز القياس فى الأسباب ، ويرد على شبه المخالفين يذكر لنا مثالا ثالثاً فيقول : « والثانى : أنا نستدل على جواز ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ، حيث ألحقوا الشرب بالقذف فى إيجاب الثمانين وهما سببان مختلفان » .

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ص١٦٣ .

فهذان الفقيهان ، ينسبان إلى الشافعي القول بالقياس فى الأسباب ، ثم يستدلان له على صحة هذا القياس ، ويردان على شبه المخالفين ، ثم يمثلان له بأقيسة هى من المصالح المرسلة ، كإلحاق الشرب بالقذف ، وقتل الجماعة بالواحد ، وقتل الشاهد الذى تعمد الكذب .

فإذا صح أن الشافعي يرى هذا النوع من القياس حجة فهو قائل لامحالة بالمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، لأن الوصف الجامع بين الأصل والفرع فى قياس الأسباب هو حكمة ومصلحة ملائمة وداخلة تحت جنس أعتبره الشارع فى الجملة .

ونحن إذا رجعنا إلى ما قاله الشافعي فى الرسالة نجد أن ما قاله الفقيهان الشافعيان يمثل مذهب الشافعي تماماً . ذلك أن نصب الشيء سبباً لشيء آخر حكم شرعى ، وبعبارة أخرى جعل الشيء علة ومناطاً للحكم هو من عمل الشارع ، لا يعرف إلا منه .

والشافعي يرى أن كل حكم لله أو لرسوله ، تعرف المجتهد على المعنى الذى حكم به لأجله ، ثم وجد هذا المعنى فى نازلة أخرى ، فإن المجتهد يحكم فى النازلة الأخرى بالحكم المنصوص ، فيقول(١) : « كل حكم لله أو لرسوله وجدت عليه دلالة ، فيه أو فى غيره من أحكام الله ورسوله ، بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها إذا كانت فى معناها » .

فالشافعي يطلق الحكم دون أن يقيده بالحكم التكليفى دون الوضعى ، وبذلك يكون الشافعي قائلا بأن جعل القتل سبباً للقصاص حكم شرعى لله ، فإذا وجد المجتهد أن الشارع إنما حكم بجعل القتل سبباً للقصاص زجراً عن

---

(١) الرسالة ص ٥١٠ .

قتل النفس، وحقناً للدماء، ووجد أن هذا المعنى موجود فى المشارك، والمكره، وشاهد الزور، فإنه يحكم بأن كل هذه أسباب للقصاص مادامت فى معنى القتل، من حيث إنه يترتب على كل من هذه الأسباب حقن الدماء، وصيانة الأرواح.

ومن ناحية أخرى، فقد أطلق الشافعي المعنى الذى يكون به الاشتراك بين الأصل والفرع فلم يقيده بالنوع دون الجنس، وبذلك يسوى بين حالتين: حالة ما إذا اشترك الفرع والأصل فى عين المعنى، وحالة ما إذا كان الاشتراك فى جنس المعنى، ففى الأصل قد يكون ما فى علته من معنى يغاير ما فى علة الفرع، ولكن القياس جائز مادام يجمع علة الفرع والأصل جنس واحد. وهذا هو الشأن فى المصالح المرسلة.

والخلاصة أنه يؤخذ من تعريف الشافعى للقياس فى رسالته أن ماحك الأصوليون عنه من القول بأنه يقيس فى الأسباب أو فى الأحكام الوضعية، كما يقيس فى الأحكام التكليفية — صحيح تحتمله عبارة الشافعى نفسه، وإذا كان مآل القياس فى الأسباب التعليل بالمصالح أو الأخذ بالمصالح المرسلة فإن الشافعى يكون قائلا بالمصالح الملائمة لجنس تصرفات الشارع. مع ملاحظة أن وجود الأصل لا يمنع من أن الاستدلال يكون مرسلا ما دام الأصل لا يشهد لعين المصلحة وإنما يشهد لجنسها، بالاعتبار، فقد عرفنا أن الأصل موجود فى كل من القياس والمصالح المرسلة، وأنه لا يحل القول بغير الأصل أبداً. لأنه استحسان وتشريع بالرأى والتشهى.

المطلب السابع

إمام الحرمين ينسب إلى الشافعى الأخذ بالمصالح إذا كانت شبيهة بالمعتبرة

لقد تعرض إمام الحرمين فى كتابه «البرهان» إلى بحث المصالح المرسلة،

وبيان مذاهب العلماء فى جواز الأخذ بها ، فقال إن الشافعى يأخذ بالمصالح المرسلة إذا كانت شبيهة بالمصالح المعتبرة . ثم أقام الأدلة على مذهب الشافعى فقال : « وأما الشافعى فقال . انا نعلم قطعاً أنه لاتخلو واقعة من حكم الله تعالى معزى إلى شريعة محمد صلى الله عليه وسلم ... » .

« والذى يقع به الاستدلال ههنا أن الأئمة السابقين لم يخلوا واقعة مع كثرة المسائل وازدحام الأقضية والفتاوى . من حكم الله تعالى ، ولو كان ذلك ممكنا لكان يقع ، وذلك مقطوع به ، أخذاً من مقتضى العادة . وعلى هذا علمنا بأنهم رضى الله عنهم استرسلوا فى بناء الأحكام استرسال واثق باستنباطها متصد لإثباتها فيما يعن ويسنح ، متشوف إلى ماسيقع ، ولا يخفى على المنصف أنهم كانوا يفتون فتوى من تنقسم الوقائع عنده إلى مايعرى عن حكم ، وإلى مالا يعرى عنه . فإذا تبين ذلك بنينا عليه المطلوب وقلنا :

« لو انحصرت مآخذ الأحكام فى المنصوصات والمعانى المستثارة منها لما اتسع باب الإجتهاد . فإن المنصوصات ، ومعانيها المعزوة إليها لاتقع من متسع الشريعة غرفة من بحر » .

« ثم عضد الشافعى هذا بأن قال : « من سبر أحوال الصحابة رضى الله عنهم ، وهم القدوة والأسوة فى النظر ، لم نجد واحداً منهم يعمد إلى تمهيد أصل واستثارة معنى ، ثم بناء الواقعة عليه ، ولكنهم يخوضون فى وجوه الرأى من غير التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن »

ثم قال إمام الحرمين . « ومايتمسك به الشافعى رضى الله عنه أنه يقول : إذا استندت المعانى إلى الأصول فالتمسك بها جائز ، وليست الأصول وأحكامها حججاً ، وإنما الحجج فى المعنى ، ثم المعنى لايدل بنفسه حتى يثبت بطريق ، وأعيان المعانى ليست منصوصة ، وهى المتعلق ، فقد خرجت المعانى عن ضبط النصوص ، وهى متعلق النظر والاجتهاد ، ولا حجة فى

انتصابها إلا تمسك الصحابة رضى الله عنهم بأمثالها . وما كانوا يطلبون الأصول فى وجوه الرأى فان كان الاقتداء بهم فالمعانى كافية ، وإن كان المتعلق الأصول فهى غير دالة ومعانيها غير منصوصة » .

ثم قال : « ومن تتبع كلام الشافعى لم ير متعلقاً بأصل ، ولكنه ينوط الأحكام بالمعانى المرسلة ، فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبها كدأبه إذ قال طهارتان فكيف تفترقان » .

ثم بين اشتراط الشافعى فى المصالح أن تكون شبيهة بالمصالح المعتبرة فقال . « وقد ثبتت أصول معللة اتفق القائسون على عللها ، فقال الشافعى : اتخذ تلك العلل معتصمى ، وأجعل الاستدلالات قريبة منها ، وإن لم تكن أعيانها ، حتى كأنها مثلا أصول والإستدلال معتبر بها ، واعتبار المعنى بالمعنى تقريباً أولى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع ، فإن متعلق الخصم من صورة الأصل معناها لا حكمها ، فإذا قرب معنى المجتهد ، والمستدل فيما يجتهد، إلى الشرع ولم يرده ، أصل كان استدلالا مقبولا »[1] .

والذى يؤخذ من كلام إمام الحرمين أمور :

أولها : أنه لا تخلو واقعة عن حكم لله قطعاً ، ومما يؤيد هذه الدعوى أن الأئمة السابقين لم تعرض عليهم واقعة فوقفوا عن بيان حكم الشرع فيها ، ولو حصل ذلك منهم لنقل .

ثانيها : وإذا كان هؤلاء الأئمة قد أعطوا لكل واقعة حكما فإننا نقطع بأنهم اعتمدوا على طريقة الاستدلال المرسل . ذلك أن النصوص ، والمعانى الجزئية المأخوذة منها ، لا تكفى لمقابلة كل ما يجد من الحوادث التى

---

(١) راجع البرهان لإمام الحرمين، مصور بدار الكتب المصرية تحت رقم ٥١٧ ج ٢ لوحة ٣٣٠، ٣٣١ ، وراجع المنخول للغزالى ورقه ١٣١ ، ١٣٣ بدار الكتب تحت رقم ١٨٨ حيث ذكر خلاصة هذه الأدلة عند الاستدلال على المصالح المرسلة .

لا تنقضى . فكان لابد من الاعتماد على المعانى الكلية المأخوذة من جملة نصوص ، وتطبيق هذه الكليات على الوقائع الجديدة . فالذى يعنيه إمام الحرمين هو أن المجتهد لا يمكنه أن يأخذ الحكم من لفظ النص ، ولا من معقول نص واحد يكون دليلا على اعتبار عين المعنى ، فى كل الحالات ، وإذن فلابد من اللجوء إلى أخذ الحكم من معقول جملة نصوص ومجموعة أدلة ، وهو الأصل الكلى أو المصلحة المرسلة ، فالذى يقصده من عدم كفاية النصوص والمعانى المستثارة منها ، هو عدم كفاية المعانى الجزئية ، أو المصالح التى تدل النصوص على اعتبار أعيانها . لاعدم كفاية النصوص مطلقاً .

ثالثها: أن الشافعى يعضد استدلاله بأن الصحابة رضى الله عنهم ما كانوا يذكرون نصاً لكل حكم أفتوا به ، ولا مصلحة شهد النص لعينها ، بل كثيراً ما كانوا يلجأون إلى الاعتماد على المصالح التى لا يشهد لها النص المعين ، والتى تشهد النصوص لجنسها جملة . فقوله أن أحداً من الصحابة لم يكن يعمد إلى تمهيد أصل واستثارة معنى ثم بناء الواقعة عليه ، يعنى — والله أعلم — الأصل الذى يدل على الحكم نصاً ، أو المعنى الجزئى ، الذى يشهد النص لعينه ، لا مطلق الأصل والمعنى ، وإلا فإن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يفتون على الأصول التى شهدت لجنس المصلحة التى يستندون إليها فى الفتوى بمصلحة جزئية ، وإن كانوا لا يذكرون هذه الأصول ، وذلك لمعرفة الصحابة ، وقد تذوقوا الشريعة ، بمثل هذه الأصول . فالذى يقصده إمام الحرمين أن الصحابة ما كانوا يذكرون الأصل الذى يدل لفظاً على الحكم ، وما كانوا يلجأون إلى بيان مصلحة جزئية من نوع المصلحة التى يفتون بها ، وإنما كانوا يكتفون بالمصلحة الكلية .

رابعاً : أن النصوص لا تراد إلا لمعانيها ، والمعانى ليست جميعها منصوصة على سبيل التعيين ، ولذا لا يمكن التمسك بالنصوص وحدها ،

أو الأصول بمفردها ، لأنها غير وافية من حيث الدلالة على حكم كل واقعة بعينها ، ومعانيها الجزئية لا تفي بهذا أيضاً ، وإذن فلابد من الاستمساك بالمعاني الكلية التي لا ترجع إلى أصل معين ، ولا تستند إلى نص واحد . وهي المصالح المرسلة .

خامساً : يصرح الشافعي أنه لا يستدل بعين العلة فقط ، ولكنه يجعل استدلاله قريباً وشبيهاً بها ، ومعنى هذا أنه يستدل بجنس المصلحة الملائمة . ولا يكتفي بعين المصالح . وأن لاعتبار المعنى بالمعنى تقريباً أولى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع ، أي أنه يقيس في المصالح نفسها فيقول هذه مصلحة تشبه هذه المصلحة وتدخل معها تحت جنس واحد ، فنقول بها ، ما دام الشارع قد اعتبر المصلحة المقيس عليها . وهذا هو الاستدلال المرسل الذي يعتمد على اشتراك الأصل والفرع في جنس العلة لا في عينها ، ففي الأصل مصلحة تغاير المصلحة التي في الفرع ، ولكنهما من جنس واحد . ويرى الشافعي أن قياس مصلحة على مصلحة ، لدخولها تحت مصلحة كلية ، أولى من قياس محل على محل لمعنى جامع بينهما ، أي أن قياس المصالح أقوى من القياس الذي يشترك فيه النوع مع الأصل في عين المصلحة .

سادساً : أن المصلحة المرسلة إنما يحتج بها إذا لم يردها أصل . فإن ردها أصل لم تكن مصلحة معتبرة تبنى الأحكام على مثلها .

المطلب الثامن

الشافعي يستدل بالمصالح أو المعانى المستندة إلى كلى الشرع في استنباط القواعد الأصولية

إن الدارس لرسالة الشافعي فى الأصول يرى أن الشافعي اتبع طريقة الاستدلال المرسل فى التدليل على القواعد الأصولية التي يعتمد عليها الفقيه فى الاستنباط .

ومعنى هذا أن الشافعي يقرر القاعدة العامة أو الأصل الكلى الذى يفرع على أساسه ، ويقيد نفسه به فى الاستنباط ، ثم يستدل على هذا الأصل بأدلة لا يستقل كل واحد منها على انفراد ، بالدلالة على صحة الأصل ، ولكن الأدلة فى مجموعها تجتمع على هذا المعنى حتى تفيد فيه القطع ، وبذلك لا يرجع الأصل إلى نص معين ، ولا يؤخذ من دليل خاص ، وإنما يؤخذ بالاستقراء من جملة نصوص تضافرت على معنى واحد أفادت فيه القطع.

وهذه الحقيقة قد قررها الشاطبي حينما قال إن الشافعي يرى أن كل أصل كلى شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات المشرع ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها : ثم قرر أن أصل الاستدلال المرسل الذى اعتمده الشافعي يدخل تحت هذا ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين . فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه .

وعلينا الآن أن نمثل لهذا من كلام الشافعي نفسه .

١ - من الأصول التي قررهـا الشافعي فى رسالته أن القياس حجة

شرعية ، فما دليل هذه القاعدة ؟

يرى الشافعي أن الدليل على جواز القياس هو الأصل الكلى الذى اعتبره الشارع وفرع الفروع على وفقه ، وسار على أساسه فى التشريع . ذلك الأصل هو أن الشارع إذا أوجب على المكلف فعل شىء ، فإن أمكن المكلف أن يصيب عين المكلف به فعليه أصابته ، وإن تعذر عليه ذلك سلك طريق الاجتهاد للوصول إلى المطلوب ، ففى الحالة الأولى يصيب المكلف المطلوب عيناً ، أى فى الظاهر والباطن ، وفى الثانية يصيب المطلوب اجتهاداً .

والشارع أوجب على المكلف اتباع الخبر ، كتابا أو سنة ، فإذا أمكن المجتهد أن يتبع الخبر عيناً ، وذلك فى حالة ما إذا كان الحكم منصوصاً عليه ، وجب عليه أتباعه ، وإذا لم يمكنه ذلك ، وذلك فى حالة ما إذا لم يكن الخبر قد نص على الحكم عيناً ، وجب عليه الاجتهاد بوسائله بقصد الوصول إلى الخبر ، وذلك ظناً لا عيناً .

وإذن فالعمل بالقياس راجع إلى أن على المجتهد أن يصيب المطلوب عيناً على سبيل القطع فى الظاهر والباطن إذا كان ذلك له ممكناً ، وإلا اكتفى بالإجتهاد بقصد الوصول إلى المطلوب ، وهذا الاجتهاد يؤدى إلى الوصول إلى المطلوب فى الظاهر دون الباطن .

هذا وجه اندراج القياس تحت هذا الأصل الكلى ، فما الدليل على صحة هذا الأصل ، أو بعبارة أخرى ما الدليل على أن المكلف يلزم بإصابة الحق أو العين المطلوبة إما عيناً وإما اجتهاداً ؟

استدل الشافعي على ذلك بأدلة ثلاثة تفيد فى مجموعها صحة الأصل ، واعتبار الشارع له ، وذلك بالالتفات إليه فى التشريع ، واتباعه فى تفريع الأحكام ، وهذه الأدلة قد وردت فى معان مختلفة الجهات ، لا يدل كل

واحد منها بعينه على صحة العمل بالقياس ، ولكنها إذا أخذت مجتمعة أفادت هذا المعنى بطريق القطع .

الدليل الأول : أن الشارع أمر المكلف بالتوجه إلى الكعبة ، فإذا أمكن المكلف إصابة عين الكعبة ، كان آتياً بالمطلوب عيناً ، أى فى الظاهر والباطن ، وليس له أن يترك التوجه إلى عين الكعبة مادام يستطيع ذلك بالنظر إليها ، أى لا يترك علم الإحاطة فى الظاهر والباطن إلى علم الظاهر فقط . وإذا لم يمكن المكلف التوجه إلى الكعبة على سبيل الإحاطة فى الظاهر والباطن ، وذلك إذا كان غائباً ، فإنه لا يجوز له أن يتوجه حيث شاء بل عليه أن يسلك طرق الإجتهاد مستعينا بالعقل الذى وهبه الله، والدلالات التى يصبها للتعرف على جهة القبلة ، من جبال ونجوم وغيرها . وهو إذا فعل ذلك كان مؤدياً الواجب ومصيباً الحق المطلوب فى الظاهر الذى كلف به .

فهذا الدليل يفيد أن المكلف مطلوب منه أن يصيب المطلوب عيناً عند الإمكان ، واجتهاداً عند عدم الإمكان . وهذا هو الشأن فى القياس ، فالخبر من الكتاب أو السنة هو العين القائمة التى يطلب من المجتهد إصابتها ، وذلك إذا كان الحكم منصوصاً عليه ، وهذا إصابة للحق فى الظاهر والباطن ، وإذا لم يمكنه إصابة الخبر عيناً ، وذلك إذا لم يكن حكم الخبر منصوصاً عليه فان على المجتهد أن يلجأ إلى طرق الاجتهاد ، مستعيناً بالعقل الذى منح ، والدلالات التى ترشد إلى طريق الوصول إلى الخبر ، وذلك كما إذا وجد حكماً لله أو لرسوله ، ووجد عليه دلالة ، فيه ، أو فى غيره من أحكام الله ، بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، ثم نزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، فإنه يحكم فيها حكم النازلة المنصوص عليها . والمجتهد إذا قام بهذا النوع من الاجتهاد فإنه يصيب الخبر فى الظاهر دون الباطن .

ويلاحظ أن هذا الدليل يتعلق بالتوجه إلى القبلة والاجتهاد فيها، وليس بإلحاق غير المنصوص بعلة جامعة، ولكنه يفيد معنى طلب العين بالاجتهاد إذا لم يتمكن المكلفون من الوصول إليها بطريق اليقين، وهذا المعنى موجود فى القياس. فإنه اجتهاد فى طلب عين قائمة، هى الخبر كتاباً أو سنة.

الدليل الثانى: أن الله تعالى أمر بإشهاد العدل فقال: «وأشهدوا ذوى عدل منكم»، وقال: «ممن ترضون من الشهداء» وبين على الجملة أن العدل هو العامل بطاعته. وترك للحكام الاجتهاد فى تعيين العدل. وهم لا يستطيعون أن يصلوا إلى الحق عيناً فى هذا، فقد يكون الشخص عدلا فى الظاهر وغير عدل فى الباطن ولكنهم كلفوا بما يمكنهم. وهو اتباع الدلائل الموصلة ظناً إلى التعرف على عدالة الشاهد. فالعين القائمة أو الحق المطلوب هو إشهاد العدل، وفى هذه الصورة لا يمكن الوصول إلى العدل على الإحاطة فى الظاهر والباطن، كما أمكن ذلك فى القبلة، لمن كان حاضر المسجد الحرام لكن الممكن فيه هو الاجتهاد باتباع الدلائل والإمارات التى تفيد أن الشاهد عدل فى الظاهر دون الباطن، وهذا كاف فى خروج الحاكم عن العهدة إذ لم يكلف بإصابة العدل فى الباطن والظاهر، لأن هذا غير مقدور عليه.

والشأن فى القياس هكذا، فإن المطلوب من المجتهد إصابة الخبر من الكتاب أو السنة. فهما علم الهدى الذى يبتغى المجتهد طلبه، وقد يمكن إصابة هذا الحق واتباع الخبر يقيناً وإحاطة فى الظاهر والباطن، وذلك إذا كان فى الواقعة نص حكم لله أو لرسوله، ولكن قد لا يمكن المجتهد ذلك فى حالة ما إذا لم يكن فى النازلة نص حكم، وبذلك لا يمكنه اتباع الخبر عيناً، ولكنه فى هذه الحالة لا يحكم بما شاء، بل عليه أن يجتهد ويتبع الدلائل بقصد الوصول إلى الخبر واتباعه، وهو إذا اجتهد وقاس فإنما يكون متبعاً للخبر لا عاملا برأيه، ومثل هذا اتباع فى الظاهر لا الباطن، وهو لازم، وكاف فى نفس الوقت، ومعنى هذا أنه لابد للمجتهد أن يتحرى الدلائل

للوصول إلى الخبر ولا يحل له أن يقول بما شاء ، كما لم يجز للغائب عن القبلة أن يتوجه إلى الجهة التى شاء دون اجتهاد منه واتباع للدلائل الموصلة إلى القبلة فى الظاهر ، وكما لم يجز للحاكم أن يقبل شهادة أى فرد شاء دون أن يجتهد فى التعرف على العدالة بالدلائل والإمارات التى تدل عليها فى الظاهر. ومن ناحية أخرى ، فإن المجتهد إذا اتبع الدلائل الموصلة إلى العمل بالخبر وذلك ، بطريق الحمل على الخبر ، يكون عاملا بالخبر متبعاً له فى الظاهر ، وذلك كاف فى التكليف ، حيث كان هو الممكن فى مثل هذه الحالة . فكل نازلة تنزل لا بد أن يكون فيها حكم لازم لله أو لرسوله ، لأن الله لم يترك الناس سدى ، دون أمر أو نهى ، ولأن الدين قد كمل ، والشريعة قد تمت ، فكيف يمكن القول بأن واقعة تنزل ببنى الإنسان وليس لله فيها حكم ؟ وإذا كانت كل نازلة فيها حكم ، ووجدنا أنه ليس واقعاً أن يكون فى كل نازلة نص حكم ، حتى يقال إن المجتهد بتطبيق هذا الحكم يعد متبعاً للخبر وعاملا به على الإحاطة ، كان لا بد من القول بأن للمجتهد أن يجتهد للوصول إلى الحق واتباع الخبر فى الظاهر فقط .

الدليل الثالث : أن الله تعالى أوجب المثل فى جزاء قتل الصيد حرماً . فقال «يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم» واتفق أصحاب رسول الله على أن المقصود بالمثل أقرب الأشياء شبهاً بالصيد ، وترك للعدلين الاجتهاد فى ذلك وهنا أيضاً لا يمكن القول بأن العدلين يصلان إلى المثل قطعاً فى الظاهر والباطن ، ولكنهما يصلان إلى المثل فى الظاهر دون الباطن ، ولكنه على كل حال غير جائز لهما أن يقولا فى واقعة معينة بغير اجتهاد ، فليس للعدلين القول بما شاءا ، فإذا قالا بأن هذا الحيوان يشبه هذا تحكما دون اجتهاد واتباع لطرق الاستدلال الموصلة إلى التعرف على المثل ظناً ، كان قولهما باطلا .

وهذا هو الشأن فى القياس . لأن المجتهد مكلف باتباع الخبر ، وهذه

حقيقة مقطوع بها ، ولكنه إذا لم يمكنه اتباع الخبر عيناً ، كما إذا لم يكن فى المسألة نص حكم لله أو لرسوله ، جاز له أن يجتهد ويتبع الدلائل الموصلة إلى اتباع الخبر ، او إصابة العين القائمة ، وهى الخبر ، فى الظاهر على الأقل ، فالمجتهد ، من ناحية ، ليس له ، إذا لم يمكنه اتباع الخبر عيناً ، أن يقول تلذذا أو يحكم استحسانا ، ومن ناحية أخرى ، فإن اجتهاده بطريق القياس على الخبر ، يعد اتباعاً للخبر ، وعلماً فى الظاهر ، وهو كاف فى التكليف .

فهذه الأدلة الثلاثة ، مع غيرها ، استدل بها الشافعى على وجوب الاجتهاد بالقياس فيما ليس فيه نص كتاب ولا سنة . وأنه ليس للمجتهد فى هذه الحالة أن يقول بما تهواه نفسه ويميل إليه طبعه ، وأن المجتهد إذا قام بمثل هذا القياس على الخبر كان متبعاً للخبر .

وهذه الأدلة الثلاثة كما ترى لا تدل على القياس بعينها ، وإنما تفيد فى مجموعها القطع فى المعنى الذى يجتمع فيه معها القياس ، وهو وجوب الاجتهاد بالدلائل للوصول إلى المطلوب إذا لم يمكن الوصول إليه بطريق الإحاطة فى الظاهر والباطن .

وقياس الشافعى القياس على الاجتهاد فى القبلة ، ومعرفة العدل ، والمثل فى الصيد ليس فيه اتحاد فى عين الحكم ، ولا فى عين المعنى الجامع ، كما يقال فى قياس النبيذ على الخمر فى الإسكار ، حيث كان الحكم فيها هو الحرمة أو إقامة الحد ، والمعنى فيها الإسكار . وهنا نجد أن حكم التوجه إلى القبلة غير حكم القياس ، ولكن الحكمين يدخلان تحت جنس واحد ، هو جواز الاستدلال بالدلائل الموصلة إلى المطلوب ظناً إذا لم يمكن الوصول إليه عيناً ، والمعفيين يدخلان تحت جنس واحد ، هو الإتيان بالممكن ، فإن الممكن بالنسبة إلى الغائب عن البيت أن يتبع الدلائل الموصلة ظناً اليه ، والممكن للمجتهد ، فى حالة عدم وجود نص خبر فى الحكم ، أن يتبع الدلائل التى توصله إلى اتباع الخبر ظناً .

وهذا هو قياس القواعد أو المعانى أو المصالح الذى نقله إمام الحرمين فى البرهان عن الشافعى حيث قال نقلا عنه[١] : « قد ثبتت أصول معللة ، اتفق القائسون على عللها، فقال الشافعى : اتخذ تلك العلل معتصمى ،وأجعل الاستدلالات قريبة منها ، وإن لم تكن أعيانها ، حتى كأنها مثلا أصول ، والاستدلال معتبر بها، واعتبار المعنى بالمعنى تقريباً أولى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع بينهما ، فإن متعلق الخصم من صورة الأصل معناها لا حكمها، فإذا قرب معنى المجتهد، والمستدل فيما يجتهد إلى الشرع ، ولم يرده ، أصل كان استدلالا مقبولا » .

وهو الذى عبر عنه الزنجانى بقوله[٢] : « ذهب الشافعى رضى الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع ، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز » .

فهذه النقول عن الشافعى تفيد أنه يستند إلى المصلحة التى شهدت النصوص لجنسها ، وإن لم يوجد معنى معين يشهد لعين المصلحة ، فعصمة الدماء معنى أو مصلحة كلية لم يشهد نص لعينها وإنما اجتمعت نصوصه على الشهادة لجنسها . فإذا أفتى الشافعى بقتل الشريك عصمة للدماء فإنه يكون مستنداً إلى مصلحة كلية ، أو آخذاً بمصلحة مستندة إلى كل الشرع .

وأخيراً ؛ لعل القارىء يود أن يعرف الطريقة التى استدل بها الشافعى على حجية القياس بكلام الشافعى نفسه ،حتى يتأكد أنه يتبع طريقة الاستدلال المرسل ، أى الاستدلال باستقراء جملة نصوص تجتمع على معنى واحد ، ثم إذا ثبت عنده هذا المعنى طبقه على كل الأفراد الداخلة تحته ، دون حاجة إلى نص خاص أو أصل معين .

---

(١) البرهان جـ ٢ لوحة ٣٣٢ .
(٢) تخريج الفروع ص ١٦٩ .

وإليك عبارة الشافعي في الرسالة(١) :

البيان الخامس : قال الله تبارك وتعالى « ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره . . . . » (و) شطر الشيء قصد عين الشيء ، إذا كان معايناً فبالصواب ، وإذا كان مغيباً فالاجتهاد بالتوجه إليه ، وذلك أكثر ما يمكنه .

وقال تعالى « جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر » وقال : « وعلامات وبالنجم هم يهتدون » فخلق لهم العلامات ، ونصب المسجد الحرام ، وأمرهم أن يتوجهو إليه ، وإنما توجههم إليه بالعلامات التي خلق لهم ، والعقول التي ركبها فيهم ، التي استدلوا بها على معرفة العلامات ، وكل هذا بيان ونعمة منه جل ثناؤه .

وقال : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، وقال « ممن ترضون من الشهداء » وأبان أن العدل العامل بطاعة ، فمن رأوه عاملا بها كان عدلا ، ومن عمل بخلافها كان خلاف العدل .

وقال جل ثناؤه : « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم ، يحكم به ذوا عدل منكم » .

« فكان المثل — على الظاهر — أقرب الأشياء شبهاً في العظم في البدن . . . فنظرنا ما قتل من دواب الصيد : أى شيء كان من النعم أقرب منه شبهاً فديناه به . . وهذا الاجتهاد الذي يطلبه الحاكم بالدلائل على المثل .

« وهذا الصنف من العلم دليل على ما وصفت قبل هذا : على أن ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء : حل ولا حرم : إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر من الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ، أو القياس » .

---

(١) الرسالة ٣٤ .

« ومعنى هذا الباب معنى القياس ، لأنه يطلب فيه الدليل على صواب القبلة والعدل والمثل .

« والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، من الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه ، كطلب ما وصفت قبله ، من القبلة والعدل والمثل .

وموافقته تكون من وجهين :

أحدهما أن يكون الله أو رسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله لمعنى، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب « ولا سنة : أحللناه أو حرمناه ، لأنه فى معنى الحلال أو الحرام .

أو نجد الشيء يشبه الشيء منه والشيء من غيره ، ولا نجد شيئاً أقرب شبهاً به من أحدهما فنلحقه بأولى الأشياء شبهاً به ، كما قلنا فى الصيد » .

وقال فى موضع آخر من الرسالة[1] : « قال : (أى المناظر) أفتجد تجويز ما قلت من الاجتهاد مع ما وصفت ، فتذكره ؟

قلت : نعم ، استدلالا بقول الله : « ومن حيث خرجت . الآية » . وقال الله : « لا تقتلوا الصيد . . » الآية ، وأمرنا بإجازة شهادة العدل » .

فهذا يفيد أن الشافعى يستدل بالاجتهاد فى القبلة والعدل وجزاء الصيد على جواز الاجتهاد أى القياس . وقد رأينا أن الاجتهاد لا يجتمع مع هذه الأمثلة فى عين المعنى والحكم ، وإنما فقط فى جنسهما . بل إن الشافعى يشير أن هذا الاستدلال قياس فيقول[2] : « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلالة

---

(١) الرسالة ص ٤٨٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠٤ .

يقصد بها إليها ، أو تشبيه على عين قائمة ، وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان ، إذا خالف الاستحسان الخبر . والخبر — من الكتاب والسنة — عين يتأخى[1] ، معناها المجتهد ليصيبه ، كما البيت يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، أو قصده بالقياس » .

مثال آخر :

قرر الشافعي أن الأدلة الشرعية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وأن بعض هذه الأدلة يقدم على بعض ، فإذا وجد في النازلة نص حكم فلا اعتبار بالإجماع ولا بالقياس ، وإذا وجد إجماع في النازلة فلا عبرة بالقياس ، وإذا كان في الواقعة خبر العامة فلا عبرة بخبر رواه الخاصة .

أما أن الكتاب والسنة وما ذكر معها حجة فقد استدل الشافعي على ذلك بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وبذلك كانت حجية هذه الأدلة مستندة إلى كلي الشرع ، ولم يؤخذ هذا من نص واحد ، ولم يرجع لدليل معين ، لأن الأدلة لا تدل على القطع بانفرادها وإنما تدل على ذلك باجتماعها على المعنى الواحد ، وإن كانت مختلفة الجهات متعددة الدلالات .

وأما أن الدليل المرجوح يكون دليلا حتى ولو ترك العمل به مع وجود الدليل الراجح فهي قاعدة تحتاج إلى دليل هي الأخرى . فالأدلة تفيد أن الكتاب حجة ، وأن السنة حجة ، وأن الإجماع حجة والقياس كذلك ، ولكن كيف عرف الشافعي هذا الترتيب ، وكيف قال ببقاء وصف الدليل على أمر قد يترك في بعض الحالات ؟

وكان رد الشافعي هو إرجاع هذا إلى أصل مأخوذ باستقراء نصوص الشريعة ، فقد دله هذا الاستقراء على أن الشيء يعتد به في حالة دون حالة ،

---

(١) تأخى الشيء : تحراه ، اللسان ج ١٨ ص ٣٥ .

وهو معتبر شرعاً فى الجملة . وذلك كما فى التيمم ، فإنه طهارة شرعية ، ومع ذلك فإن التيمم غير جائز عند وجود الماء . فكذلك القياس فهو حجة شرعية ، ومع ذلك فلا يؤخذ بها عند وجود نص الكتاب .

والتيمم لا يشترك مع هذه الأدلة فى عين العلة ، ولا عين الحكم ، ولكنه أخذ دليلا على جنس يدخل تحته تقديم الخبر على القياس .

وإليك عبارة الشافعى فى الرسالة(١) :

قال : فقد حكمت بالكتاب والسنة ، فكيف حكمت بالإجماع ، ثم حكمت بالقياس ، فأقمتهما مع كتاب أو سنة ؟

«فقلت: إنى وإن حكمت بهما كما أحكم بالكتاب والسنة فأصل ما أحكم به منهما مفترق .

« قال : أفيجوز أن تكون أصول مفرقة الأسباب يحكم فيها حكماً واحداً ؟

«قلت : نعم ، يحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها ، التى لا اختلاف فيها فنقول لهذا حكمنا فى الظاهر والباطن .

« ويحكم بالسنة قد رويت من طريق الانفراد ، لا يجتمع الناس عليها ، فنقول : حكمنا بالحق فى الظاهر ، لأنه قد يمكن الغلط فيمن روى الحديث .

« ونحكم بالإجماع ثم بالقياس ، وهما أضعف من هذا ، ولكنها منزلة ضرورة ، لأنه لا يحل القياس والخبر موجود ، كما يكون التيمم طهارة فى السفر عند الإعواز من الماء ، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء ، إنما يكون طهارة فى الإعواز .

---

(١) الرسالة ٥٩٨ .

وكذلك يكون ما بعد السنة حجة إذا أعوز من السنة . وقد وضحت الحجة فى القياس وغيره قبل هذا .

« قال أفتجد شيئاً شبهه ؟ قلت نعم : أقضى على الرجل بعلمى أن ما ادعى عليه كما ادعى، أو إقراره فإن لم أعلم ولم يقر قضيت عليه بشاهدين، وقد يغلطان ويهمان ، وعلمى وإقراره أقوى عليه من شاهدين ، وأقضى عليه بشاهد ، وهو أضعف من شاهدين ، ثم أقضى عليه بنكوله عن اليمين ويمين صاحبه ، وهو أضعف من شاهد ويمين ، لأنه قد ينكل خوف الشهرة ، واستصغار ما يحلف عليه ، ويكون الحالف لنفسه غير ثقة وحريصاً فاجراً » .

وبهذا ننتهى من الأدلة التى تثبت أن الشافعى رضى الله عنه يأخذ بالمصالح المرسلة إذا كانت ملائمة لجنس اعتبره الشارع وشهدت له نصوصه فى الجملة ، وأنه لا يستلزم أن يدل النص على عين المعنى الذى يعتصم به ، وإنما يكفى أن تدل النصوص على جنس هذا المعنى . ورأينا أن عبارة الشافعى فى رسالته تتسع لهذا ، بل إنه يكاد يصرح به ، حيث إن الفرع يقاس على الأصل إذا كان فيه مثل معناه ، لا عين ذلك المعنى فقط ، ولا يكون المعنى مثلا المعنى إلا إذا اشتركا فى جنس واحد . ثم رأينا كيف اجتمعت كلمة كتاب الأصول من الشافعية وغيرهم على أخذ الشافعى بهذا النوع من المصالح ، دون المصالح التى لا تشهد النصوص لعينها ولا لجنسها بالاعتبار ، وهى المصالح الغريبة أو الاستحسان فى عبارة الشافعى . هذا ومن نسب إلى الشافعى رد القول بالمصالح قصد هذا الجنس منها ، أى المصالح التى لا تستند إلى أصل جزئى ولا كلى . وبذلك يكون الشافعى رضى الله عنه قائلا مقالة الإمام مالك فى الاستدلال المرسل ، الذى يعنى بناء الأحكام على المصالح الملائمة دون الغريبة . ويبقى أن نحدد درجة

المصلحة فى الحجية ، أو قوتها فى مواجهة النصوص ثم تحديد معنى الاستحسان الذى رده الشافعى وشدد النكير على القائلين به ، ثم الاستدلال على رده ، لنخرج من هذا إلى أن هذا النوع من الاستحسان لا يشمل المصالح الملائمة لجنس تصرفات الشارع والمأخوذ معناها من جملة نصوص تفوق الحصر وتدل على القطع بالمصلحة بعمومها . لأن الاستحسان الذى يعنيه الشافعى قول دون نص ، أو حمل على نص ، وهو التلذذ والقول على غير مثال سابق » .

الفرع الثالث

علاقة المصلحة بالنصوص عند الشافعى

قلنا إن المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشارع حجة فى الاستدلال عند الشافعى رضى الله عنه ، وأنها داخلة عنده فى باب القياس ، أو هى نوع منه يسمى قياس المعانى أو القواعد أو المصالح ، إذ قياس المصلحة على المصلحة أولى عنده من قياس الشىء على الشىء لمصلحة جامعة بينهما . وعرفنا أن الأدلة عنده الخبر اللازم كتاباً كان أو سنة يؤخذ منه الحكم نصاً أو اجتهاداً بطريق القياس ، فإذا لم يستند الفقيه إلى الخبر يأخذ الحكم من لفظه ، أو يستنبطه من معقوله ، فإن الفقه الذى يصل إليه لا يؤخذ به ولا يرجع إليه ، لأنه فتوى بالرأى المجرد ، وقول بالاستحسان والتشهى وهو ما أنكره الشافعى وشدد النكير على القائلين به والصائرين إليه .

وإذا كانت المصالح الملائمة داخلة فى القياس عند الشافعى فإنه لا يؤخذ بها عنده إلا إذا لم يوجد الحكم ، نصاً ، فى كتاب الله أو سنة رسوله ؛ أو فيما اجتمع عليه أهل العلم لا يختلفون فيه . فرتبة المصالح إذن بعد مرتبة الكتاب والسنة والإجماع ، لا تلجأ إليها إلا إذا فقدنا نصاً فى الواقعة المطلوب إثبات الحكم فيها بالقياس . وهذه عبارات الشافعى ناطقة بهذا .

فهو يقول(١): «يحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها، التى لا اختلاف فيها، فنقول لهذا: حكمنا بالحق فى الظاهر والباطن، ويحكم بالسنة قد رويت من طريق الانفراد، لا يجتمع الناس عليها، فنقول: حكمنا بالنص فى الظاهر، لأنه قد يمكن الغلط فيمن روى الحديث. ونحكم بالإجماع ثم القياس، وهو أضعف من هذا، ولكنها منزلة ضرورة، لأنه لا يحل القياس والخبر موجود، كما يكون التيمم طهارة فى السفر عند الإعواز من الماء، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء... وكذلك يكون مابعد السنة حجة إذا أعوز من السنة».

فهذا تصريح منه رضى الله عنه بأن مرتبة القياس بعد الكتاب والسنة وما اجتمع عليه العلماء وهو يعلل ذلك بأن الحكم بالكتاب والسنة إصابة للحق فى الظاهر والباطن، فى حين أن العمل بالقياس إصابة للحق فى الظاهر فقط، فالقياس بالنسبة لبقية الأدلة، كالتيمم بالنسبة للماء، فكما أنه لا يحل التيمم والماء موجود، فلا يحل القياس والخبر موجود.

ويقول فى الأم(٢): «ومعنى الاجتهاد من الحاكم إنما يكون بعد ألا يكون فيما يريد القضاء فيه كتاب ولا سنة ولا أمر مجتمع عليه فأما وشىء من ذلك موجود فلا».

وهذا إذا كان الحكم الذى يريد المجتهد الوصول إليه منصوصاً عليه فى الكتاب أو السنة، أما إذا كان النص فيهما محتملا، فإنه يجوز القياس بنوعيه: قياس الشىء على الشىء لمعنى جامع، وقياس المعنى على المعنى، وذلك لتعيين أحد المعانى التى يحتملها الخبر كتاباً كان أو سنة. وفى هذا يقول الشافعى رضى الله عنه(٣): «وإن كان للقرآن وجهان، أو كانت

---

(١) الرسالة ٥٩٩.

(٢) الأم جـ ٢: ٣٠٣.

(٣) المرجع السابق ٦: ٢٠٧.

سنة رويت مختلفة ، أو سنة ظاهرها يحتمل وجهين لم يعمل بأحد الوجهين حتى يجد دلالة من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس على أن الوجه الذى عمل به هو الوجه الذى يلزمه والذى هو أولى به من الوجه الذى تركه » .

فهذا النص يفيد أن الخبر كتاباً أو سنة ، إذا كان محتملا للتأويل ، أمكن أن يكون سند التأويل هو المصلحة الملائمة ، فإذا ما احتمل النص وجهين ،كان للمجتهد ، بل يجب عليه ، أن يرجح أحد الوجهين على الآخر، بالقياس إذا لم يمكنه ذلك بخبر آخر ، أو إجماع .

ويقول فى الأم[1]: « فإن قيل ذم الله على الاختلاف ، قيل الاختلاف وجهان : فما أقام الله تعالى به الحجة على خلقه حتى يكونوا على بينة منه ليس عليهم إلا اتباعه ولا لهم مفارقته ، فمن خالف نص كتاب لا يحتمل التأويل أو سنة قائمة فلا يحل له الخلاف، ولا أحسبه يحل له خلاف جماعة الناس ، وإن لم يكن فى قولهم كتاب ولا سنة . ومن خالف فى أمر له فيه الاجتهاد ، فذهب إلى معنى يحتمل ما ذهب إليه ، ويكون عليه دلائل، لم يكن فى (حرج) من خلاف لغيره ، وذلك أنه لا يخالف حينئذ كتاباً نصاً ولا سنة قائمة ولا جماعة ولا قياساً إنه إنما نظر فى القياس فأداه إلى غير ما أدى صاحبه إليه القياس ،كما أداه فى التوجه للبيت بدلالة النجوم إلى غير ما أدى إليه صاحبه » .

فهذا النص يبين أن الذى لا يحل معه القول بالمصلحة الملائمة هو نص كتاب لا يحتمل التأويل أو سنة قائمة أو إجماع المسلمين . أما فى غير ذلك فإن للمجتهد أن يفتى بالمصلحة لأنه « لا يخالف حينئذ كتاباً نصاً ولا سنة قائمة ولا جماعة » .

---

(١) الأم جـ ٧ ص ٢٧٥ .

ويقول فى بيان شروط القائس(١) : «ويستدل على ما احتمل التأويل منه ،(أى الكتاب) بسنن رسول الله ، فإن لم يجد سنةفبإجماع المسلمين فإن لم يكن إجماع فالقياس» .

فهذا يدل على أن للمجتهد أن يقول بالمصلحة الملائمة إذا كان النص يحتمل التأويل ، وتكون المصلحة دليلا على إرادة أحد الاحتمالين فى نص الكتاب أو السنة .

ويقول (٢) : «كل ما أقام الله به الحجة فى كتابه أو على لسان نبيه منصوصاً بيناً : لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه» .

وما كان من ذلك يحتمل التأويل ، ويدرك قياساً ، فذهب التأول أو القائس إلى معنى يحتمله الخبر أو القياس وإن خالف فيه غيره : لم أقل أنه يضيق عليه ضيق الخلاف فى المنصوص» .

والخلاصة أنه لا يجوز العمل بالمصالح الملائمة إذا كان فى النازلة نص لا يحتمل التأويل ، وأما إذا كان النص مما يحتمل التأويل ، فإن المجتهد أن يرجح أحد احتمالات النص بالمصلحة الملائمة ، أى الراجعة إلى كلى الشرع(٣) .

---

(١) الرسالة ٥١٠ .

(٢) المرجع السابق ٥٦٠

(٣) انظر المستصفى للغزالى فى شروط التأويل ، وبعض التطبيقات عليه ، مع ذكر مناقشة بين الأحناف والشافعى فى بعض النصوص وردت على لسان الغزالى .

الفرع الرابع

عدم دخول المصلحة المرسلة تحت الاستحسان الذى رده الشافعى

وينقسم هذا الفرع إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : معنى الاستحسان الذى شدد الشافعى النكير عليه .

المطلب الثانى : أدلة الشافعى على بطلان الاستحسان .

المطلب الثالث : بيـــان وجه عدم دخول المصلحة المرسلة تحت الاستحسان .

المطلب الرابع : مقارنة بين الاستحسان الذى يرده الشافعى والاستحسان عند أبى حنيفة ومالك .

المطلب الأول

معنى الاستحسان فى نظر الشافعى

يؤخذ من كلام الشافعى فى الأم والرسالة أن الاستحسان الذى يتكلم عنه هو القول من غير استناد إلى خبر من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس على واحد منها ، فإذا أفتى المجتهد بحكم ولم يكن هذا الحكم مأخوذاً من الخبر لفظاً ، ولا من معقوله قياساً ، ولم يكن فيه إجماع ، كانت هذه الفتوى استحساناً لأن سندها لم يكن الخبر نصاً أو استنباطاً ، وإنما استحسنها المجتهد برأيه ومال إليها بذوقه ، دون استدلال بخبر ولا حمل عليه .

وهاك بعض العبارات التى ذكرها الشافعى لتتبين منها بنفسك حقيقة

الاستحسان الذى عناه الشافعى ، والذى شدد النكير على القائلين به :

قال الشافعى فى باب الاستحسان(١) : « قال: هذا كما قلت ، والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو تشبيه على عين قائمة ، وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان ، إذا خالف الاستحسان الخبر ، والخبر من الكتاب والسنة ، عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه ، كما البيت يتأخاه ، من غاب عنه ليصيبه أو قصده بالقياس وأن ليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير قياس ؟

فقلت : لا يجوز هذا عندى — والله أعلم — لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم لأن يقولوا فى الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر . ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان ، وأن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز ، بما ذكرت من كتاب الله ، وسنة رسوله .

فقال : أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك ، لأنه إذا أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شىء ، وطلب الشىء لا يكون إلا بدلائل والدلائل هى القياس ، قال : فأين القياس مع الدلائل على ما وصفت ؟

قلت : ألا ترى أن أهل العلم إذا أصاب رجل لرجل عبداً لم يقولوا لرجل : أقم عبداً ولا أمة إلا وهو خابر بالسوق ، ليقيم بمعنيين : بما يخبركم ثمن مثله فى يومه ، ولا يكون ذلك إلا بأن يعتبر عليه بغيره ، فيقيسه عليه ، ولا يقال لصاحب سلعة أقم إلا وهو خابر » .

---

(١) الرسالة ٥٠٣ .

« ولا يجوز أن يقال لفقيه عدل غير عالم بقيم الرقيق : أقم هذا العبد ولا هذه الأمة ولا إجازة هذا العامل ، لأنه إذا أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفاً .

فإذا كان هذا هكذا فيما تقل قيمته من المال وييسر الخطأ فيه على المقام له والمقام عليه : كان حلال الله وحرامه أولى ألا يقال فيها بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلذذ » .

« وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم ، بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم أبداً متبعاً خبراً وطالب الخبر بالقياس ، كما يكون متبع البيت بالعيان ، وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً ، ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب إلى الإثم من الذى قال وهو غير عالم ، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً .

ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول لا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع والآثار ، ما وصفت من القياس عليها » .

ويقول[1] . « وهذا يدل على أنه ليس لأحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول إلا بالاستدلال بما وصفت فى هذا وفى العدل وفى جزاء الصيد ، ولا يقول بما استحسن ، فإن القول بما استحسن شيء يحدثه لا على مثال سبق » .

فأنت ترى الشافعى رضى الله عنه يطلق على الاستحسان عبارات تدل

---

(١) الرسالة ٢١ .

جميعها على أنه يعنى به الفتوى غير المستندة إلى الخبر لا نصاً ولا حملا عليه بطريق القياس . فهو يقول :

« وإنما الاستحسان تلذذ » ، « حلال الله وحرامه أولى ألا يقال فيها بالتعسف والاستحسان » ، « على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم — بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم أبد متبعاً خبراً وطالب الخبر بالقياس » ، « ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب إلى الإثم من الذى قال وهو غير عالم » .

« ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع ، والآثار ، ما وصفت من القياس عليها » .

« فان القول بما استحسن شىء يحدثه لا على مثال سبق » .

فالاستحسان تلذذ ، وحكم بما يوافق الهوى ، وهو تعسف لا يستند إلى ضابط ولا يرجع إلى أصل ، وهو شىء يحدثه المستحسن لا على مثال سبق ، وهو قول من غير جهة العلم ، وهى الخبر أو الحمل على الخبر ، أو هو قول بلا خبر لازم ولا قياس ، وهو قول لا يرجع إلى جهة علم مضى قبل القائل . وبالجملة فهو قول لا يعتمد على الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ؛ أو الآثار أو القياس على واحد منها .

المطلب الثانى

الأدلة التى ساقها الشافعى على بطلان الاستحسان

لقد ساق الشافعى أدلة كثيرة على بطلان الاستحسان ، بعضها فى رسالته والبعض الآخر منشور فى كتاب الأم وإليك بعض هذه الأدلة :

الدليل الأول : قال الله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم

نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » ، وقال تعالى : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » وقال تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة » وقال تعالى : « مافرطنا فى الكتاب من شيء »وقال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس مانزل إليهم » ، وقال النبي عليه السلام « ماتركت شيئاً مما أمركم الله به إلا وقد أمرتكم به ، ولا شيئاً مما نهاكم عنه إلا وقد نهيتكم عنه » .

فهذه النصوص مجتمعة تدل على أن الله لم يترك الناس سدى ، وأنه أكمل الدين ، وأتم النعمة ، وجعل الكتاب تبياناً لكل شيء ، فلو جاز لأحد أن يقول بغير كتاب ولا سنة ولا إجماع ، ولا قياس على واحد منها ، لجاز الخلف فى خبره تعالى .

يقول الشافعي رضى الله عنه.(١) قال الله تعالى : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » ، فلم يختلف أهل العلم بالقرآن فيما علمت أن السدى الذى لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون فى معانى السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى » .

وفى الرسالة :(٢) قال الشافعي : « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها . قال الله تبارك وتعالى: « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » » .

الدليل الثانى قال الشافعي(٣)« قال الله عز وجل لنبيه عليه الصلاة والسلام «واتبع ما يوحى إليك من ربك » وقال: « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » وقال تعالى : « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض

---

(١) الأم ٧ .

(٢) الرسالة ٢٠ .

(٣) الأم ٧ : ٢٧١ .

فأحكم بين الناس بالحق ..» الآية ، وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أودلالةمن الله . فقدجعل الله الحق فى كتابه ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، فليس تنزل نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة » .

وخلاصة هذا الدليل أن الله عز وجل قد أمر بإتباع كتابه ، وقد دل الكتاب على وجوب طاعة نبيه ، وأمر النبي بإتباع الإجماع ، وأوجب الحكم بالحق ،وهذا يدل على أنه ليس لأحد أن يقول إلا إتباعاً للخبر أو الإجماع ، والقول بالقياس اتباع لها فكان القائل به متبعاً نصاً أو إجماعاً أما الإستحسان فهو شيء خارج عن هذه الأدلة ، فـلا يكون اتباعاً للكتاب والسنة ولا قياساً عليهما .

الدليل الثالث : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو الذى لاينطق عن الهوى ، لم يفت فى أمر من أمور الدين بما يستحسنه ، بل كان يتبع الوحى فاذا لم يجد وحياً انتظر الوحى ، فاذا لم يجز للرسول عليه السلام أن يقول إلا اتباعاً للخبر أو قياساً عليه ، فأولى لغيره ألا يقول فى دين الله إلا بالخبر باتباعه فيما فيه الخبر ، وللقياس على الخبر فيما ليس فيه خبر .

يقول الشافعى : «(1) وجاءت امرأة أوس بن الصامت تشكو إليه أوساً فلم يجبها حتى أنزل الله عز وجل « قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها» وجاء العجلانى يقذف امرأته قال : لم ينزل فيكما ، وانتظر الوحى فلما نزل دعاهما فلاعن بينهما ، كما أمره الله عز وجل » .

وفى هذا وفى غيره دلالة أنه لايجوز لأحد أن يفتى فى دين الله إلا اتباعاً للخبر ، نصاً أو حملا على نص ، ولا يقول بما تهواه نفسه ويميل إليه طبعه لأن هذا لم يجز لنبي معصوم ، فكيف يدعيه لنفسه عالم .

---

(١) الأم ٧ : ٣٨١ .

الدليل الرابع : لو كان مقبولا من المجتهد فى علوم الشرع ، الذى يعرف الأصول من الكتاب والسنة والإجماع أن يقول فى أحكام الشرع استحساناً من غير خبر لازم من كتاب ولا سنة ولا إجماع ، ولا قياس على واحد منها ، لجاز لأهل العقول الراجحة ممن ليس لديهم علم بأصول الشريعة ، وقواعد الاستنباط فيها ، أن يستحسنوا مادام يرجع الاستحسان إلى ما يميل إليه الإنسان بطبعه ، ويستحسنه بعقله ، مع أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز لأحد أن يقول فى الشرع اجتهاداً إلا إذا كان على علم بالأصول من الكتاب والسنة والإجماع ، والقياس .

يقول الشافعى(١) : « ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر لازم ولا قياس عليه ، كان محجوجاً بأن معنى قوله . أفعل ما هويت وان لم أومر به مخالف معنى الكتاب والسنة ، فكان محجوجاً على لسانه ، ومعنى مالم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل . فما هو ؟ قيل . لا أعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب فى أن يفتى ولا يحكم برأى نفسه إذا لم يكن عالما بالذى تدور عليه أمور القياس فى الكتاب والسنة والإجماع والعقل لتفصيل المشتبه . فان زعموا هذا ، قيل لهم . ولم يجز لأهل العقول التى تفوق كثيراً عقول أهل العلم بالقرآن والسنة والفتيا أن يقولوا فيما قد نزل مما يعلمونه معاً أن ليس فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع وهم أوفر عقولا ، وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم فان قلتم لأنهم لا علم لهم بالأصول قيل لكم . فما حجتكم فى علمكم بالأصول إذا قلتم بلا أصل ولا قياس على أصل . هل خفتم على أهل العقول الجهلة بالأصول أكثر من أنهم لا يعرفون الأصول فلا يحسنون أن يقيسوا بما لا يعرفون ؟ وهل أكسبكم علمكم بالأصول القياس عليها أو جاز لكم تركها ؟ فإذا جاز لكم تركها

---

(١) الأم ٧ : ٢٧٣ .

جاز لهم القول معكم لأن أكثر ما نخاف عليهم ترك القياس عليها أو الخطأ. ثم لا أعلمهم إلا أحمد على الصواب إن قالوا على غير مثال منكم لو كان أحد يحمد على أن يقول على غير مثال. لأنهم لم يعرفوا مثالا فتركوه، وأعذر بالخطأ منكم. وهم أخطأوا فيما لا يعلمون. ولا أعلمكم إلا أعظم وزراً منهم إذ تركتم ما تعرفون من القياس على الأصول التي لا تجهلون. فان قلتم فنحن تركنا القياس على غير جهالة بالأصل، قيل فان كان القياس حقاً. فأنتم خالفتم الحق عالمين به، وفي ذلك من المآثم ما إن جهلتموه لم تستأهلوا أن تقولوا في العلم، وإن زعمتم أن لكم ترك القياس والقول بما سنح في أوهامكم، وحضر في أذهانكم، واستحسنته مسامعكم حججتم بما وصفنا في القرآن ثم السنة وما يدل عليه الإجماع من أن ليس لأحد أن يقول إلا بعلم».

ويقول في الرسالة[1]: «ولو جاز تعطيل القياس، جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه الخبر بما يحضرهم من الاستحسان».

وخلاصة هذا الدليل أنه إذا جاز لأهل العلم أن يقولوا بالاستحسان لجاز لأهل العقول أن يقولوا به أيضاً، مادام أن مدار الاستحسان هو ما يراه الشخص بعقله ويميل إليه بطبعه، لكن اتفق أهل العلم على أنه ليس لغير العالم أن يفتي أو يحكم مادام لا يعلم الأصول الشرعية ويستطيع القياس عليها. وإذن فلا يجوز لأحد أن يقول بالاستحسان. فإن قيل إن هناك فرقاً بين العالم وغيره. ذلك أن العالم يعرف الأصول، كان الجواب أن معرفة الأصول ليست بمطلوبة في القول بالاستحسان، مادام الاستحسان لا يعني القياس على هذه الأصول، وبذلك يستوي في القول بالاستحسان العالم بالأصول والجاهلون بها من أهل العقول الراجحة.

---

(١) الرسالة ٥٠٥.

الدليل الخامس : استدل الشافعى على بطلان الاستحسان فقال (١) :

«أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتى فى النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس، وقال : أستحسن فلابد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه » فيقول كل حاكم فى بلد ، وكل مفت بما يستحسن ، فيقال فى الشىء الواحد بضروب من الحكم والفتيا . فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم ، فحكموا حيث شاءوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه . وإن قال الذى يرى منهم ترك القياس بل على الناس اتباع ماقلت . قيل له : من أمر بطاعتك حتى يكون على الناس اتباعك ؟ ، أو رأيت أن ادعى عليك غيرك هذا أتطيعه أم تقول لا أطيع إلا من أمرت بطاعته فكذلك لا طاعة لك على أحد ، وإنما الطاعة لمن أمر الله أو رسوله بطاعته ، والحق فيما أمر الله ورسوله باتباعه ودل الله ورسوله عليه نصاً أو استنباطاً بدلائل، أو رأيت إذا أمر الله بالتوجه قبل البيت وهو مغيب عن المتوجه ، هل جعل له أن يتوجه إلا بالاجتهاد بطلب الدلائل عليه ، أورأيت إذا أمر بشهادة العدل فدل على أن لا يقبل غيرها . هل يعرف العدل من غيره إلا بطلب الدلائل على عدله . أو رأيت إذا أمر بالحكم بالمثل فى الصيد ، هل أمر أن يحكم إلا بأن يحكم بنظره . فكل هذا اجتهاد وقياس . أو رأيت إذا أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالاجتهاد فى الحكم ، هل يكون مجتهداً على غير طلب عين ، وطلبه العين لا يكون إلا باتباع الدلائل عليها ، وذلك القياس لأن محالا أن يقال اجتهد فى طلب شىء من لم يطلبه باحتياله ، والاستدلال عليه لا يكون طالباً لشىء من سنح على وهمه أو خطر بباله منه » .

وخلاصة هذا الدليل أنه إذا جاز لحاكم أن يحكم باستحسانه ، لجاز ذلك لكل حاكم ، وبذلك تكون الواقعة الواحدة محلا لأحكام كثيرة

---

(١) الأم ٧ : ٢٧٣ .

متناقضة ، تختلف باختلاف ذوق كل حاكم ، وما تهواه نفسه ، ويميل إليه طبعه ، وبذلك لا يكون للحق ضابط يرجع إليه فى معرفته ، وما هكذا تكون شريعة الله عز وجل الذى أمر باتباع الحق ثم قال « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » ، فكان هذا دليلا على أن للحق ضابطاً غير العقل ، وذلك هو الخبر من الكتاب والسنة ، ثم القياس على الخبر فيما ليس فيه خبر .

ويختم الشافعى هذه الأدلة بالعبارة الرائعة التى يبين فيها شروط من يجوز له الاجتهاد والقياس فيقول[١] : « وليس للحاكم أن يقبل ، ولا للوالى أن يدع أحداً ، ولا ينبغى للمفتى أن يفتى أحداً ، إلا متى يجمع أن يكون عالماً علم الكتاب ، وعلم ناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، وأدبه ، وعالماً بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأقاويل أهل العلم قديماً وحديثاً ، وعالماً بلسان العرب ، عاقلا يميز بين المشتبه ، ويعقل القياس ، فإن عدم واحد من هذه الخصال لم يحل له أن يقول قياساً ، وكذلك لو كان عالماً بالأصول غير عاقل للقياس الذى هو الفرع لم يجز أن يقال قس وهو لا يعقل القياس ، وإن كان عاقلا للقياس ، وهو مضيع لعلم الأصول أو شىء منها لم يجز أن يقال له قس على مالا تعلم ، كما لا يجوز أن يقال قس لأعمى وصفت له : أجعل كذا عن يمينك وكذا عن يسارك ، فإذا بلغت كذا فانتقل متيامناه وهو لا يبصر ما قيل له يجعله يمينا ويساراً ، وكما لا يجوز لعالم يسوق سلعة منذ زمان ثم خفيت عنه سنة أن يقال له قوم عبداً على صفته كذا لأن السوق تختلف . كما لا يقال لبناء انظر قيمة الخياطة ، ولا لخياط انظر قيمة البناء[٢] .

---

(١) الأم ٧ : ٢٧٤ .

(٢) راجع الرسالة ٥١٠ ففيها مثل هذه العبارة الرائعة .

المطلب الثالث

هل يشمل الاستحسان بهذا المعنى المصلحة المرسلة

قلنا إن المصلحة المرسلة هي المصلحة الملائمة ، وعرفنا أن معنى ملاءمة المصلحة دخولها تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، ومعنى هذا أن الفرع وإن لم يشهد له أصل معين أي نص يشهد لعين المصلحة ، فإنه يشهد له أصل كلي مأخوذ من جملة نصوص تفيد القطع في مجموعها على إعتبار الشارع لهذا الأصل . وأن معنى الإرسال فيها قصد به الإرسال عن النص الذي يشهد لعين المصلحة ، وهو المقصود بالنص المعين ، وليس الإرسال مطلقاً عن الأصول وذلك أننا شرطنا في المصلحة الملاءمة ، وملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشرع ، إنما تعرف من نصوص الشرع ولا يستقل بها العقل .

وإذن فالمصلحة الملائمة مصلحة تشهد لها النصوص الشرعية ، وفيها يكون المجتهد طالباً للخبر بالقياس في الواقعة التي ليس فيها خبر .

وقد بان من كلام الشافعي رضي الله عنه أن الاستحسان هو التلذذ ، والتعسف والحكم بما سنح على الوهم ، أو خطر على البال ، أو حضر في الذهن ، أو استحسنته المسامع ، وأنه القول بلا خبر ، ولا قياس على الخبر ، وأنه حكم على غير مثال سبق ، وأنه شيء يحدثه المستحسن من عند نفسه . وبالجملة هو الفتوى من غير استناد إلى الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ، أو القياس على واحد منها .

والمصلحة الملائمة لا تدخل تحت الاستحسان بهذا المعنى ، إذ هي حكم لا يرجع فيه المجتهد إلى التلذذ وتشهيه ، وإنما يقول به حملا على النصوص الكثيرة التي شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار ، ولقد سبق أن رأينا دخول

المصلحة الملائمة تحت مطلق القياس الذى يراه الشافعى حجة فى استنباط حكم الوقائع التى ليس فيها نص حكم لله أو لرسوله . وأنها قياس معنى على معنى كما يقول إمام الحرمين ، وهو أولى من قياس أمر على أمر لمعنى جامع .

وعلى ذلك لاتكون المصلحة المرسلة داخلة فى الاستحسان الذى أبطله الشافعى ، وشدد النكير على القائلين به ، لأنها حمل على النص ، واستنباط للحكم من معقول جملة نصوص تفوق الحصر .

والذى يدخل فى الاستحسان بالمعنى الذى يعنيه الشافعى هو المصلحة الغريبة التى لاتلائم تصرفات الشرع ، ولا تدخل تحت جنس معتبر فى الجملة ، ذلك أن هذه المصلحة لا يشهد نص لعينها ، ولا تشهد جملة نصوص لجنسها ، فيكون القول بها استحساناً ، وتشريعاً بالرأى ، وتحكيما للهوى والتشهى .

ولقد عرف الغزالى المصلحة الغريبة فى كتابيه : المستصفى وشفاء الغليل . فقال فى أولهما وهو يقسم الوصف المناسب باعتبار الملاءمة مع شهادة الأصل المعين(١) .

« وقد خرج على هذا أن المعنى باعتبار الملاءمة وشهادة الأصل المعين ، أربعة أقسام : ملائم يشهد له أصل معين ، يقبل قطعاً عند القائسين ، ومناسب لايلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائسين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، ومثاله حرمان القاتل لو لم يرد فيه نص لمعارضته بنقيض المقصود فهذا وضع للشرع بالرأى ، ومناسب يشهد له أصل معين لكن لايلائم ، وهو فى محل الاجتهاد ، وملائم لايشهد له أصل معين ، وهو الاستدلال المرسل ، وهو أيضاً فى محل الاجتهاد » .

ويقول فى المستصفى أيضاً فى باب المصالح المرسلة(٢) : « فإن قيل : فقد

---

(١) المستصفى ج ١ ص ٣٠٥ .
(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣١٠ .

ملتم فى أكثر هذه المسائل إلى القول بالمصالح ، ثم أوردتم هذا الأصل فى جملة الأصول الموهومة فليلحق هذا بالأصول الصحيحة ليعد أصلا خامساً بعد الكتاب والسنة والإجماع والعقل ، قلنا هذا من الأصول الموهومة ، إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فكل مصلحة لاترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشرع فهى باطلة مطرحة ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً عن هذه الأصول ، لكنه لا يسمى قياساً بل مصلحة مرسلة ، إذ للقياس أصل معين ، وكون هذه المعانى مقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لاحصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الإمارات تسمى لذلك مصلحة مرسلة » .

ويقول فى شفاء الغليل(١) : « ونقسمها (أى المصلحة) نوعاً اخر من التقسيم فنقول : هى تنقسم إلى مايلغى فى الشرع بملاحظة جنسها فهو المعتبر وإلى مايصادم فى محل نصاً للشرع فيتضمن أتباعه تغيير الشرع فهو باطل عندنا ، وإلى ماسكتت شواهد الشرع عنه ، ونصوصه ، فلا يناقضه نص ، ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التى يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لا عهد لمثله فى الشرع » .

فأنت ترى من هذه النقول الثلاثة أن المصلحة الغريبة هى المصلحة التى لا يشهد الشرع لعينها ، ولا لجنسها ، أو بعبارة أخرى ، لاتستند إلى أصل جزئى ، ولا إلى أصل كلى ، حتى يقال إن الشارع قد شهد لها بالاعتبار ولو فى الجملة بدون نص معين ، وهذا هو الاستحسان بعينه كما يصرح بذلك الغزالى .

---

(١) شفاء الغليل ص ١٨٢ .

أما المصلحة التى ترجع إلى مقصود شرعى ، أو كلى شرعى ، فهى مصلحة راجعة إلى النصوص غير خارجة عنها ، والغزالى لا يسميها قياساً ، بل يخصها باسم المصلحة المرسلة ، وقد رأينا أنه يمكن القول بأن عبارات الشافعى فى بيان القياس تفيد أن المصلحة المرسلة داخلة عنده فيه .

والخلاصة أنه لا يمكن القول بأن المصلحة المرسلة المستندة إلى كلى الشرع ، والمأخوذ معناها من جملة نصوص تفوق الحصر ، وتدل على القطع فى مجموعها ، تدخل تحت الاستحسان الذى أبطله الشافعى وشنع على القائلين به . لأنه إذا كان الاستحسان هو الحكم بلا خبر ولا حمل على خبر ، فإن المصلحة الملائمة حمل على أخبار تفوق الحصر ، وتفيد فى معناها القطع ، فإذا رجع القياس العادى إلى معقول نص واحد ، فقد رجعت المصلحة الملائمة إلى معقول عدة نصوص .

وأما المصلحة الغريبة التى لا يشهد الشرع لعينها ، ولا لجنسها ، أو التى لا تستند إلى أصل كلى ولا جزئى فهى داخلة فى مفهوم الاستحسان الذى أبطله الشافعى ، بل إن الغزالى يصرح أنها الاستحسان بعينه .

ولقد رأينا عند دراسة نظرية المصلحة عند المالكية أن أحداً منهم لا يقول بالمصلحة الغريبة وإنما هم يقولون بالمصالح الملائمة لجنس اعتبرته الشريعة بنصوصها ، وأن نسبة القول بالمصالح الغريبة إلى إمام دار الهجرة نسبة لا يؤيدها الواقع ، ولا يقوم على صحتها دليل .

المطلب الرابع

علاقة الاستحسان الذى أبطله الشافعى بالاستحسان فى مذهب مالك

عرفنا فيما سبق أن الاستحسان عند المالكية هو العمل بأقوى الدليلين، وأنه إيثار ترك مقتضى الدليل على سبيل الاستثناء والترخص لمعارضة مايعارض به فى بعض مقتضياته. وأنه ينقسم أقساماً منها ترك الدليل للعرف ومنها ترك الدليل للاجماع، وتركه للمصلحة، وتركه فى اليسير التافه لدفع الحرج والمشقة.

وبذلك يكون الاستحسان عندهم، عملا بالإجماع، أو المصلحة المرسلة، أو العرف، أو قاعدة رفع الحرج، فى مقابلة عموم أو قياس.

والإجماع، والمصلحة الملائمة، وقاعدة رفع الحرج، أدلة شرعية عند الشافعى، لأن الإجماع حجة عند الشافعى، والمصلحة الملائمة كذلك، أما قاعدة رفع الحرج فهى قاعدة أخذت من استقراء الشريعة استقراء يفيد القطع فهى إذن قاعدة شرعية تعتمد على الاستقراء، وأما العرف، فان الشافعى لم يصرح بأنه حجة، إلا أن الشافعى لايرد العرف فى الأصول.

وإذا كان الإستحسان بهذا عملا بالأدلة فان الشافعى لايخالف فى هذا مطلقاً وفى هذا يقول الشاطبى فى الاعتصام(١)، بعد أن ذكر تعريفات المالكية للاستحسان «وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبى حنيفة فليس بخارج عن الأدلة ألبتة، لأن الأدلة تعيد بعضها بعضاً، وتخصص بعضها بعضاً، كما فى الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعى مثل هذا أصلا»...

---

(١) الاعتصام ج ٢ ص ٣٩.

المبحث الثانى
موقف الشافعى من قاعدة الذرائع

تمهيد وتقسيم :

لقد تعرض الكاتبون فى أصول التشريع ، والدارسون لفقه الشافعى رضى الله عنه ، قديماً وحديثاً ، إلى رأيه فى قاعدة الذرائع ، كقاعدة من القواعد التشريعية . واختلفوا فيما توصلوا إليه من نتائج هذه الدراسة ، فبينما يرى البعض أن الشافعى رضى الله عنه لا يسد الذرائع ، ولا يعطى الوسيلة حكم المقصد(١) يرى البعض أن الشافعى يسد الذرائع مطلقاً ، وإذا كان قد روى عنه عدم الأخذ بالقاعدة فى بعض الفروع ، فذلك يرجع إلى دليل ترجح عنده العمل به على هذه القاعدة فى تلك الفروع ، وإذا ترك دليل لدليل راجح لم يصح إطلاق القول ببطلان هذا الدليل(٢) . وقد توسط فريق ثالث فقال : أن الشافعى يعتبر قاعدة الذرائع فى بعض الفروع دون بعض ، إلا أن هذا الفريق لم يبين لنا الضابط الذى سار عليه الشافعى فيما يأخذ فيه بقاعدة الذرائع وما يدع(٣) .

أما الفريق الذى قرر أن الشافعى اعتمد قاعدة الذرائع مطلقاً ، وأنه لم يترك تطبيقها إلا إذا عارضها دليل راجح عليها فى بعض النوازل ، فقد اعتمد على دراسة فقه الشافعى لا على نصوص صريحة تدل على أخذه بها . وقد دلته هذه الدراسة على أن الشافعى ، فى بعض النوازل ، يترك الفعل المأذون فيه إذا كان ذريعة إلى مفسدة ، وليس لدى الشافعى دليل على هذا الترك سوى هذه القاعدة التشريعية .

ولما خيل إليه أن الشافعى قد ترك القاعدة فى بعض الفروع التى يتحقق

---

(١) انظر أعلام الموقعين لابن القيم ٣ : ١٤٦ .
(٢) انظر الموافقات للشاطبى ٣ : ٣٠٥ .
(٣) انظر الفروق للقرافى ٢ : ٣٢ ، شرح تنقيح الفصول ٢٠٠ .

فيها مناطها ، فى نظره ، قرر أن السبب لذى دعا الشافعى إلى ترك العمل بالقاعدة فى هذه الفروع يتمثل فى وجود دليل راجح على هذه القاعدة فى نظره ، غير أنه لم يكشف لنا عن هذا الدليل . وسوف نرى أن هذا الفريق لم يكن بحاجة إلى استنباط رأى الشافعى من بعض الفروع ، لأن الشافعى قد نص صراحة على الأخذ بقاعدة الذرائع . واعتبارها أصلا من أصول التشريع . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن الفروع التى خيل لهذا الفريق أنها تدخل تحت القاعدة ، ويتحقق فيها مناطها ، ليست كذلك ، وعلى هذا فلم يكن بهذا الفريق حاجة إلى الاعتذار عن عدم أخذ الشافعى بالقاعدة فيها ، بأن هناك دليلا رجح عدم الأخذ بها عنده .

وأما من قال أن الشافعى لا يسد الذرائع ، ولا يعطى الوسائل حكم المقاصد ، فقد اعتمد على ظاهر عبارات وردت على لسان الشافعى نفسه ، فهم منها رفض الشافعى لهذه القاعدة .

وسوف نرى واضحاً ، أن هذه العبارات وردت فى فروع لم يتحقق فيها مناط القاعدة ، فلم يسد الشافعى فيها الذرائع ، لعدم انطباق القاعدة عليها ، وليس لعدم اعتباره القاعدة دليلا فى الأحكام . وفرق بين عدم الأخذ بدليل معين لأنه ليس دليلا ، وبين عدم الأخذ به ، فى بعض الفروع ، لعدم تحقق مناطه فيها أو انطباقه عليها ، أو دخولها تحته .

وأما من قال إن الشافعى يأخذ بقاعدة الذرائع تارة ، ويترك الأخذ بها تارة أخرى ، فسنده أن الشافعى سد بعض الذرائع ، ولكن هذا يفيد عنده أن الشافعى يسد الذرائع فى الجملة ، لا على وجه الإطلاق والعموم . وإنما قال ذلك اعتماداً على العبارات التى احتج بها الفريق السابق على عدم أخذ الشافعى بقاعدة الذرائع فيها ، وإنما اختلف التفسيران . فبينما يرى هذا الفريق أن الشافعى لم يأخذ بقاعدة الذرائع فى هذه الفروع لعدم

حجية القاعدة بالنسبة لها ، يرى الفريق السابق أنه لم يطبق عليها القاعدة لوجود دليل راجح عليها .

وجوابنا على هذا الفريق هو جوابنا على الفريق السابق . فالشافعى لم يسد الذرائع فى بعض الفروع ، لأن مناط القاعدة غير متحقق فى هذه الفروع ، وليس لعدم حجية القاعدة فيها ، ولا لوجود الدليل الراجح عليها فيها ، وبذلك يكون الشافعى آخذاً بقاعدة الذرائع مطلقاً فى كل نازلة تحقق بالنسبة لها مناطها .

ولقد قسمت هذا المبحث إلى فروع ثلاثة :

الفرع الأول : عرضت فيه الأدلة على أخذ الشافعي بقاعدة الذرائع .

الفرع الثانى : خصصته للرد على شبه من زعموا أن الشافعى لا يأخذ بالذرائع مطلقاً ، أو يأخذ بها فى بعض الفروع دون بعض ، لعدم اعتبارها دليلا فى هذه الفروع ، أو لوجود الدليل المعارض لها فيها .

الفرع الثالث : قدمت فيه بعض تطبيقات من المذهب الشافعى لقاعدة الذرائع .

الفرع الأول

الدليل على أخذ الشافعى بقاعدة الذرائع

وفى هذا الفرع أعرض نص الشافعى على اعتبار هذه القاعدة ، ثم أردفه بما يدل على أن شيوخ الشافعية يشاركون إمامهم فى اعتبار هذه القاعدة من القواعد التشريعية فى الفقه ، إليها يرجع الفقيه وعليها يعتمد فى التفريع وتشريع الأحكام .

أولا — نص الشافعى على اعتبار القاعدة

يقول الشافعى رضى الله عنه فى الأم(١) قال الشافعى : «وكل ماء ببادية يزيد فى عين أو بئر أو نهر ، بلغ مالكه منه حاجته لنفسه وماشيته ، وزرع أن كان له ، فليس له منع فضله عن حاجته من أحد يشرب أو يسقى ذا روح خاصة دون الزرع ، وليس لغيره أن يسقى منه زرعاً ولا شجراً ، إلا أن يتطوع بذلك مالك الماء . وإذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته » ففى هذا دلالة إذا كان الكلأ شيئاً من رحمة الله ، أن رحمة الله رزق خلقه عامة المسلمين ، وليس لواحد منهم أن يمنعها من أحد ، إلا بمعنى ما وصفت من السنة والأثر الذى فى معنى السنة . وفى منع الماء ليمنع به الكلأ الذى هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين : أحدهما : أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى . (قال الشافعى) فإن كان هذا هكذا ، ففى هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام ، ويحتمل أن يكون منع الماء إنما يحرم لأنه فى معنى تلف على مالا غنى به لذوى الأرواح والآدميين وغيرهم ، فإذا منعوا فضل الماء منعوا فضل الكلأ ، والمعنى الأول أشبه والله أعلم » .

ويؤخذ من هذا النص أمور :

١ — أن قاعدة الذرائع من القواعد التشريعية التى يعتمد عليها الفقيه فى إعطاء حكم شرعى لكل واقعة تعن ، أو نازلة تجد ، دون أن يوجد فيها بعينها نص حكم لله أو لرسوله .

٢ — أن هذه القاعدة عامة التطبيق فى كل ما تحقق فيه مناطها لا يؤخذ بها فى بعض الفروع دون بعض . يدل لذلك إطلاق عبارة الشافعى رضى الله عنه فى قوله إن « ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان

---

(١) الأم ٣ ، ٢٧٢ .

ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى ، وفى قوله « أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معنى الحلال والحرام ، ولو كان الشافعى يأخذ بالقاعدة فى بعض الفروع دون بعض ، كما يرى بعض الكتاب لنبه على ذلك .

٣ — أن قاعدة الذرائع تعمل فى شقيها عند الشافعى ، ومعنى هذا أن الذريعة إلى الحلال فى معنى الحلال وتأخذ حكمه ، وأن الذريعة إلى الحرام فى معنى الحرام وتأخذ حكمه ، أو بعبارة المالكية : الذريعة إلى المصلحة تفتح ، وإلى المفسدة تسد .

٤ — أنه بالمقارنة بين عبارة الشافعى ، وعبارات شيوخ المالكية فى شأن الذرائع يتبين أنه لا فرق بين مذهب الشافعى وما نسبه هؤلاء الشيوخ لإمامهم ، لا فى أصل اعتبار القاعدة ، ولا فى مضمونها ، ولا فى نطاق الأخذ بها ، كما سنفصله فيما بعد . وإليك بعض العبارات التى عرض بها شيوخ المالكية رأى إمامهم فى قاعدة الذرائع ، ليظهر لك حقيقة مانقول .

يقول القرافى فى الفروق[1] : « فمتى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة منع مالك من ذلك الفعل » .

ويقول[2]: « فكما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة ... والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما يتوسط متوسطة » .

ويقول الشاطبى[3]، فى بيان معنى التذرع الممنوع أنه : « التذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز ، فالأصل على المشروعية ، لكن مآله غير مشروع » .

فإنه بأدنى تأمل يظهر أنه لا فرق بين هذه العبارات التى عرض بها شيوخ المالكية مذهب إمامهم فى الذرائع ، وبين قول الشافعى رضى الله عنه فى عبارته القصيرة « إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك

---

(١) الفروق ٢ ، ٣٢ .

(٢) المرجع السابق ٢ ، ٣٣ .

(٣) الموافقات ٤ ، ١٩٨ .

ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى . . . وأن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام» .

٥ — أن الوسيلة أو الذريعة تأخذ حكم المقصد ، أو المظنة تعطى حكم المظنون ، بلا زيادة ولا نقصان . فإذا كان الفعل ذريعة إلى الممنوع منع ، ولذلك ترك الشافعي الأضحية فى بعض الأوقات ، لما كان فعلها دائماً ذريعة إلى الممنوع ، وهو اعتقاد العامة وجوبها . وإذا كان الفعل ذريعة إلى المحرم حرم كما فى بيع العينة يحرم إذا قصد به الربا عند الشافعي ، ولا يبطل ، لأن القصد نفسه لا يبطل العقد ما لم يذكر فى صلب العقد ، فما كان ذريعة إليه لا يبطل ، لأن الذريعة تأخذ حكم المتذرع إليه دون زيادة ، وقد كان القصد إلى الربا حراماً غير مبطل للعقد ، فكذلك ما كان مظنته ، وهو بيع العينة . وقد رأينا أن القصد المحرم يبطل العقد عند أصحاب النظرية الذاتية من المالكية والحنابلة ، ولذلك أبطلوا ما كان ذريعة ومظنة لهذا القصد ، فأبطلوا بيوع الآجال ، ونكاح المحلل ، وبيع السلاح فى زمن الفتنة ، وعصير العنب للخمار طرداً لقاعدة الذرائع عندهم ، كما طردها الشافعي فى الحكم بصحة هذه العقود ، لأنها مظنة إلى قصد الحرام ، وقصد الحرام وحده عنده لا يبطل العقد ، فكذلك مظنته ، وما اتخذ ذريعة للوصول إليه . وسنرى أن بعض الكاتبين أخذ من عدم إبطال الشافعي لبيوع الآجال ، ونكاح المحلل ، أنه لا يسد الذرائع ولا يعطى أحكام المقاصد للوسائل . والواقع غير ذلك ، كما أشرنا إليه قبل ، وكما سنبينه بعد إن شاء الله تعالى . وأن قاعدة الذرائع لا يتحقق مناط تطبيقها على بيوع الآجال وما ذكر معها عند الشافعي ، لأنه إذا كانت القاعدة تعنى إعطاء الوسيلة حكم المقصد ، والمظنة حكم المظنون ، فإن بيوع الآجال ، وما ذكر معها ، ذريعة إلى القصد المحرم غير المبطل ، فتكون محرمة ، غير باطلة .

ثانياً — رأى شيوخ الشافعية فى قاعدة الذرائع

يؤكد بعض شيوخ الشافعية الذين كتبوا فى المصالح أن قاعدة الذرائع من القواعد التى يعتمد عليها فى مذهب الشافعى رضى الله عنه فى بيان حكم الوقائع التى تجد إذا لم يكن هناك نص يدل على حكم فيها بعينها . وإليك ما قاله شيخ الإسلام العز بن عبد السلام فى كتابه قواعد الأحكام فى مصالح الأنام مؤكداً اعتبار قاعدة الذرائع فى الشريعة والإعتماد عليها فى الاستنباط وتشريع الأحكام . ثم تقسيمه للذرائع إلى المفاسد .

١ — رأى ابن عبد السلام فى إعتبار الذرائع :

يقول رحمه الله(١)، يختلفون فى وسائل المخالفات باختلاف رذائل المقاصد ومفاسدها . فالوسيلة إلى أرذل المقاصد أرذل الوسائل ، فالتوسل إلى القتل أرذل من التوسل إلى الزنا ، والتوسل إلى الزنا أقبح من التوسل إلى الأكل بالباطل ، والإعانة على القتل بالإمساك أقبح من الدلالة عليه ، وكذلك مناولة آلة القتل أقبح من الدلالة عليه ، والنظر إلى الأجنبية محرم لكونه وسيلة إلى الزنا ، والخلوة بها أقبح من النظر إليها . وهكذا تختلف رتب الوسائل باختلاف قوة أدائها إلى المفاسد ، فإن الشهوة تشتد بالعناق بحيث لا تطاق ، وليس كذلك النظر ، وكلما قويت الوسيلة فى الأداء إلى المفسدة كان إثمها أعظم من إثم ما نقص عنها ، والبيع الشاغل عن الجمعة حرام لا لأنه بيع بل لكونه شاغلا عن الجمعة . فإن ربت مصلحة التصرف على مصلحة الجمعة قدم ذلك التصرف على الجمعة لفضل مصلحة على مصلحة أداء الجمعة ، فيقدم إنقاذ الغريق ، وإطفاء الحريق على صلاة الجمعة ، وكذلك يقدم الدفع عن النفوس والإبضاع عن صلاة الجمعة ، ولو تصرف ببيع أو هبة أو غير ذلك من التصرفات وهو ذاهب إلى الجمعة تصرفاً لا يشغله عن

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١ ، ١٧٠ .

الجمعة لم يحرم ذلك ، لخروجه عن كونه وسيلة إلى ترك الجمعة ، وكذلك النهى عن المنكر وسيلة إلى دفع مفسدة ذلك المنكر المنهى عنه رتبته فى الفضل والثواب مبنية على رتبة درء مفسدة الفعل المنهى عنه فى باب المفاسد .... وإذا علم الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر أن أمره ونهيه لا يجديان ولا يفيدان شيئاً أوغلب على ظنه، سقط الوجوب لأنه وسيلة .. والوسائل تسقط بسقوط المقاصد ... وقد تجوز المعاونة على الإثم والعدوان والفسوق والعصيان ، لا من جهة كونه معصية ، بل من جهة كونه وسيلة إلى مصلحة ، وله أمثلة : منها مايبذل لافتكاك الأسرى ، فإنه حرام على آخذه مباح لباذليه ، ومنها أن يريد الظالم قتل إنسان مصادرة على ماله ، ويغلب على ظنه أنه يقتله إن لم يدفع إليه ماله . فإنه يجب عليه بذل ماله فكاكا لنفسه ، ومنها أن يكره امرأة على الزنا ولا يتركها إلا بافتداء بمالها أو بمال غيرها فيلزمها ذلك عند إمكانه ، وليس هذا عند التحقيق معاونة على الإثم والعدوان ، والفسوق والعصيان ، وإنما هو إعانة على درء المفاسد ، فكانت المعاونة على الإثم والعدوان فيها تبعاً لا مقصوداً .

ثم يقول فى بيان الجانب الآخر لقاعدة الذرائع(١): « يختلف أجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها ، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل من سائر الوسائل ... وكلما قويت الوسيلة فى الأداء إلى المصلحة كان أجرها أعظم من أجر ما نقص عنها ... ويدل على فضل التوسل إلى الجهاد قوله تعالى «ذلك بأنهم لا يصيبهم ظمأ ولا نصب ولا مخمصة فى سبيل الله ولا يطئون موطئاً يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا إلا كتب لهم به عمل صالح » وإنما أثيبوا على الظمأ والنصب وليسا من فعلهم لأنهم تسببو إليهما بسفرهم وسعيهم . وعلى الحقيقة فالتأهب للجهاد والسفر إليه ، وإعداد الكراع والسلاح والخيل وسيلة إلى الجهاد الذى هو وسيلة

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ١ : ١٠٤ .

إلى إعزاز الدين وغير ذلك من مقاصد الجهاد فالمقصود ما شرع الجهاد لأجله ، والجهاد وسيلة إليه ، وأسباب الجهاد كلها وسائل إلى الجهاد الذى هو وسيلة إلى مقاصده ، فالاستعداد إليه من باب الوسائل . . . ولا شك أن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد » .

وإنما نقلت لك كلام ابن عبد السلام على طوله لأن فيه شرحاً وافياً لقاعدة الذرائع ، وأنها من القواعد المعتبرة فى الفقه الشافعى يرجع إليها الفقيه فى الاجتهاد ويبنى أحكامه فى الوقائع غير المنصوصة على وفقها .

وفى هذا النص تناول ابن عبد السلام جوانب قاعدة الذرائع وفصل أحكامها ، وحدد نطاق الأخذ بها تماماً كما فصل شيوخ المالكية . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من أن الشافعى رضى الله عنه لا يخالف شيخه إمام دار الهجرة ، فى هذه القاعدة لا من حيث أصل الأخذ بها ، ولا من حيث مضمونها ، ولا من حيث نطاق تطبيقها وأنه إذا خالف الشافعى مالكا فى عدم إبطال بيوع الآجال ، فذلك لأن مناط القاعدة لا يتحقق فى هذه البيوع ، كما سبق لنا شرحه .

١ — فابن عبد السلام يقرر أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد ، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أشرف الوسائل ، وإلى أرذل المقاصد أرذل الوسائل . ولقد سبق أن رأينا القرافى المالكى يعبر عن هذا الجانب من جوانب القاعدة بقوله « والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة »(١) .

٢ — أن المعاونة على الإثم والعدوان ، والفسوق والعصيان تجوز لا من جهة كونها معصية ، بل من جهة كونها وسيلة إلى مصلحة راجحة على مفسدة المعاونة لأن المفسدة المرجوحة مطرحة ملغى اعتبارها عند معارضتها

---

(١) راجع ما سبق .

المصلحة الراجحة . ولقد رأينا القرافى المالكى يعبر عن هذا الجانب بقوله: « قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة »، وضرب لهذا الجانب نفس الأمثلة التى مثل بها ابن عبد السلام .

٣ - أن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد ، فإذا علم المتصدى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أمره ونهيه لن يوصل إلى المقصود منهما من ترك المنكر وفعل المعروف سقط عنه الأمر والنهى ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، إذ لا يبقى محل لطلب الوسيلة إذا تحققنا من عدم حصول المقصود ومن سقط عنه وجوب الجهاد ، سقط عنه إتخاذ الوسائل إليه وإعداد العدة له . وهكذا إذا كان الشارع قد كلف بالوسيلة لمقصد معين ، فإن الأمر بها يسقط فى الحالات التى لا يتحقق فيها حصول هذا المقصود .

ولقد رأينا القرافى المالكى يعبر عن هذا الجانب بقوله: « كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة ، فإنها تبع فى الحكم » وهذا النظر داخل تحت أصل إعتبار المآل الذى نادى به الشاطبى رضى الله عنه ، إذ الغرض أن الفعل المتوسل به شرع لمصلحة معينه ، فإذا حصل اليقين بعدم ترتيب تلك المصلحة على الفعل فى بعض الحالات ، لم يصبح هذا الفعل مشروعاً بالنظر إلى المآل .

والخلاصة أن كلام ابن عبد السلام الشافعى يلتقى مع كلام شيوخ المالكية ، فيما يتعلق بحجية قاعدة الذرائع ، ومضمونها ، ونطاق الأخذ بها، وأن ذلك يتفق مع ما نص عليه الشافعى نفسه فى كتابه الأم من الأخذ بقاعدة الذرائع على الإطلاق ، وينفى ما ذهب إليه البعض من أن الشافعى لا يعتمد الذرائع كقاعدة من قواعد التشريع أو أنه يحد من نطاق تطبيقه ، ويقصر العمل به على بعض الحالات . كما فهمه بعض الكتاب .

٢ - أقسام الذرائع :

وإذا كان القرافى المالكى يقسم الذرائع بالنسبة إلى المقاصد ، أو الأسباب بالنسبة إلى المسببات أقساماً ثلاثة ، والشاطبي يزيد فيها قسماً رابعاً ، فإن العز بن عبد السلام يقسم الوسائل أو الأسباب بالنسبة للأضرار أو المفاسد التى تؤدى إليها أقساماً ثلاثة فيقول(١) :

« أسباب الضرر أقسام :

أحدها : مالا يختلف مسببه عنه ، كالإلقاء فى النار وشرب السم . فهذا مالا يجوز الإقدام عليه ، فى حال اختيار ولا فى حال إكراه .

القسم الثانى : ما يغلب ترتب مسببه عليه ، وقد ينفك عنه نادراً . فهذا أيضاً لا يجوز الإقدام عليه لأن الشارع أقام الظن مقام العلم فى أكثر الأحوال .

القسم الثالث : مالا يترتب مسببه إلا نادراً . فهذا لا يحرم الإقدام عليه . إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة » .

فهذا تقسيم للذرائع من حيث قوة أداء الوسيلة إلى الفساد والضرر ، أو الأسباب إلى المسببات . وهو يلتقى مع تقسيم شيوخ المالكية لها فى الجملة . فلقد رأينا القرافى يقسمها أقساماً ثلاثة : ذريعة تؤدى إلى الضرر قطعاً أوظناً ، وقال إن الأمة أجمعت على سدها . وذريعة تؤدى إلى الضرر نادراً ، وقال أن الأمة أجمعت على عدم سدها وذريعة تؤدى إلى الفساد كثيراً ، وقال أنها محل خلاف بين الأئمة . ولقد جعل الشاطبى القسم الأول قسمين : ذريعة تؤدى إلى الفساد قطعاً ، وذريعة تؤدى إلى الفساد ظناً ، وحكى الاتفاق على السد فى القسم الأول ، وقال أن القسم الثانى يحتمل

---

(١) القواعد الكبرى ١ ، ٨٥ .

الخلاف والنظر ، ثم رجح السد فيه . وابن عبد السلام يجعل الأقسام ثلاثة كما فعل القرافى ، ذريعة تؤدى إلى الضرر قطعاً ، وذريعة تؤدى إلى الضرر غالباً ، وذريعة تؤدى إلى الضرر نادراً . وقرر أنه لا يجوز الإقدام على القسمين الأولين ، أما الأول فلأن الذريعة توصل قطعاً إلى الضرر ، وأما الثانى فلأن الشارع أقام الظن مقام العلم فى أكثر الأحوال . أما القسم الثالث ، فيرى ابن عبد السلام ، موافقاً شيوخ المالكية ، أن الذريعة فيه لا تسد ، لأنه لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة .

والذى يهمنا فى هذا المقام هو تأكيد أن الشافعية يسيرون فى نفس الاتجاه الذى سار فيه المالكية بخصوص إعطاء الوسائل حكم المقاصد ، وسد ذرائع الشر ، وحسم طرق الفساد . فالأصل متفق عليه ، والخلاف فى التفريع والتطبيق .

الفرع الثانى

رد شبه الذاهبين إلى أن الشافعى لا يسد الذرائع

وفى هذا الفرع نعرض أولا رأى ابن القيم الذى قرره فى كتابه: أعلام الموقعين ، ومضمون هذا الرأى أن الشافعى لا يسد الذرائع إلى المفاسد ، ولا يعطى الوسائل حكم المقاصد . وثانياً ، رأى القرافى المالكى ومؤداه أن الشافعى يسد بعض الذرائع دون البعض الآخر ، فلا يطبق القاعدة على وجه العموم . وثالثاً ، رأى الشاطبى الذى وإن قرر أن الشافعى يأخذ بقاعدة سد الذرائع مطلقة عامة ، إلا أنه يرى أن الشافعى لم يأخذ بقاعدة الذرائع فى بيوع الآجال لوجود الدليل المعارض الراجح على إعمال القاعدة فى هذه البيوع .

أولا — رأي ابن القيم

يرى ابن القيم أن هناك تلازماً بين اعتبار المقاصد والنيات فى العقود والتصرفات ، وبين قاعدة سد الذرائع ، والشرط المتقدم . ومعنى هذا أن من يقول بتأثير القصد الفاسد ، والباعث غير المشروع فى العقد أو التصرف بالبطلان ، يقول بقاعدة سد الذرائع ، وبطلان العقد بالشرط المتقدم الذى لم يذكر فى صلب العقد . وعلى العكس ، فإن من يرى أن النية الفاسدة ، والقصد المحرم لا يبطل العقد قضاء ، وأن حرم ديانة ، لا يسد الذرائع ، ولا يعطى الوسائل حكم المقاصد ، ولا يرى أن الشرط المتقدم يبطل العقد ، ولو كان بحيث لو قارنه وذكر فى صلبه لأبطله وإليك عبارة ابن القيم فى هذا الخصوص .

يقول رحمه الله عند مناقشة قول الشافعى رضى الله عنه : « ولا تفسد العقود بأن يقال هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ... » إلى آخر عبارته : وقوله « ولا تفسد العقود بأن يقال هذه ذريعة وهذه نية سوء — إلى آخره « فإشارة منه إلى قاعدتين ، إحداهما : أن لا اعتبار بالذرائع ولا يراعى سدها ، والثانية : أن القصود غير معتبرة فى العقود ، والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر ، وإنما التأثير للشرط الواقع فى صلب العقد ، وهذه القواعد متلازمة ، فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد وقال : يؤثر الشرط متقدماً ومقارناً ،ومن لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد ولا الشروط المتقدمة، ولا يمكن إبطال واحدة منها إلا بإبطال جميعها » .

فأنت تراه ربط بين قاعدة سد الذرائع ، وأثر القصد، والشرط المتقدم فى العقد ، وأنه لا يمكن إبطال قاعدة من هذه القواعد الثلاث إلا بإبطال جميعها ، وأنه إذا بطلت واحدة منها فقد بطل جميعها . ولذلك أقام ابن

القيم الأدلة على قاعدة سد الذرائع ، لتقوم له الحجة على الشافعى فى تأثير القصد الفاسد والنية المحرمة ، والشرط الباطل المتقدم ، فى بطلان العقود والتصرفات ، مادامت هـذه القواعد متلازمة ، تبطل جميعها بإبطال واحدة منها .

وما قاله ابن القيم ليس بصحيح للأسباب الآتية :

١ — أن هذا التلازم وإن كان صحيحاً فيما يتعلق بأصحاب النظرية الذاتية من المالكية والحنابلة ، فإنه ليس صحيحاً فى حق أصحاب النظرية الموضوعية من الشافعية والحنفية . فأصحاب النظرية الأولى يقررون أن القصد المحرم والباعث غير المشروع يبطل التصرف قضاء ، إذا ثبت ذلك القصد ، وظهر هذا الباعث بطريق من طرق الإثبات الشرعية . وهذا هو تأثير المقاصد والنيات ، والشروط المتقدمة فى العقد عندهم .

وفوق ذلك فإنهم يقولون إن العقد إذا كان ذريعة لأن يقصد به المحرم، ومظنة للباعث غير المشروع فإنه يبطل ، ولو لم يثبت القصد الفاسد أو الباعث غير المشروع ، بل ولو أثبت العاقدان أنهما إنما قصدا ما يجوز قصدا من المصالح الشرعية . فبيوع الآجال مظنة لأن يكون العاقدان قد قصدا بها الربا المحرم . ولذلك يحكم هذا الفريق من الفقهاء ببطلان هذه العقود ، اعتماداً على كثرة قصد الناس بها إلى الربا المحرم ، ولو لم يقصد العاقدان بها سوى مصالح البيع التى من أجلها شرع .

وهنا نجد التلازم بين قاعدة سد الذرائع، وقاعدة تأثير المقاصد والنيات فى العقود كما يقرر ابن القيم ؛ إذ القصد والباعث لما كان مبطلا للعقد قضاء ، كانت الذريعة إلى هذا القصد باطلة قضاء . أو بعبارة أخرى ، لما كان بيع العينة ذريعة لأن يقصد به الربا، وكان قصد الربا بالعقد مبطلا له ، كان بيع العينة باطلا .

وأما أصحاب النظرية الظاهرية من الشافعية والحنفية فإنهم يقررون أن النية المحرمة ، والباعث غير المشروع على العقد أو التصرف لايبطل ذلك العقد أو التصرف ، وإن قامت الأدلة عليه ، مادام ذلك القصد لم يذكر فى صلب العقد ، ولم يصرح به العاقدان وقت انعقاده . وهنا تفترق النظرية الظاهرية عن النظرية الذاتية .

وإذا كان القصد الفاسد والباعث المحرم لا يبطل العقد أوالتصرف عند أصحاب هذه النظرية ، فإن ماكان ذريعة إلى هذا القصد ، أو مظنة لذلك الباعث لا يبطل من باب أولى ، وهذا وإن كان يخالف فيه أصحاب النظرية الظاهرية أصحاب النظرية الذاتية أيضاً ، إلا أنه تطبيق منهم لقاعدة الذرائع أيضاً ، لأن هذه القاعدة تعنى أعطاء الوسيلة والمظنة حكم المظنون والقصد الحرام ليس مبطلا للتصرف عند أصحاب هذه النظرية حتى تجعل مظنته والوسيلة إليه باطلة ، وظهر عدم اعتبار هذه المدرسة لقاعدة تأثير المقاصد والنيات فى العقود ، مع أخذها بقاعدة الذرائع ، وبطل ادعاء ابن القيم التلازم بين القواعد الثلاث .

وفوق ذلك فإن أصحاب النظرية الموضوعية ، يأخذون بقاعدةالذرائع فى غير بيوع الآجال كما سنرى ، إذ نطاق هذه القاعدة ليس هو العقود فقط ، بل تدخل فى غير العقود ، كما يظهر من كلام ابن القيم نفسه ، فلقد ذكر تسعة وتسعين دليلا على اعتبار قاعدة الذرائع ، وفيها أربعة أدلة تختص بالعقود ، بل إن الأحناف يطبقون قاعدة الذرائع على بعض العقود أيضا كما فى بيع العينة .

كما أن الشافعى قد نص على أنه يأخذ بقاعدة الذرائع ، ولا أدرى كيف غفل ابن القيم عن هذا النص مع غزارة علمه وسعة اطلاعه . ولقد سبق أن نقلنا لك نص الشافعى فى الأخذ بقاعدة الذرائع ، وابن القيم اجتهد

فى التعرف على مذهب الشافعى فى الذرائع من بعض الفروع وظواهر النصوص ، ومن القواعد المقررة أنه لا اجتهاد مع النص . وإذا كان الشافعى لم يبطل بيوع الآجال ، وكل تصرف كان الباعث عليه حراماً ، والقصد منه غير مشروع ، فإنه قد أكد أنه لم يأخذ بها لأن مناطها غير متحقق فى هذه العقود لأن الشافعى قد قامت عنده الأدلة على أن القصد الباطل لا يبطل العقد مالم يذكر فى صلبه ، وبناء على ذلك ، فإن العقد الذى يظن أنه قد قصد به المحرم لا يبطل ، مادام القصد نفسه إذا ثبت لا يبطل العقد . واسمع إليه يقول(١) :

« ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذى لا يحل ، كان أن يكون اليقين فى البيوع بعقد مالا يحل أولى أن يرد به من الظن . ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به ، كان الشراء حلالا ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع » .

ويقول(٢) : « فإذا دل الكتاب ثم السنة ، ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود، إنما يثبت بالظاهر عقدها لا يفسدها نية المتعاقدين ، كانت العقود إذا عقدت فى الظاهر صحيحة ، أولى ألا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها ، ثم سيما إذا كان توهماً ضعيفاً » .

ويقول(٣): « قال الشافعى : وإذا لم يفسد على المتبايعين نيتهما أو كلاهما فكيف أفسدت عليهما ، بأن أزكنت(٤) عليهما أنهما نويا ، أو أحدهما

---

(١) الأم ٧ : ٢٧٥ .

(٢) المرجع السابق ٧ : ٢٧٠ .

(٣) المرجع السابق ٤ : ٤٢ .

(٤) زكن كفرح ، وأزكنه علمه وفهمه وتفرسه وظنه ، والأزكان أن تفهم الأمر بالظن والفراسة ، والاسم الزكانة ، القاموس مادة زكن .

شيئاً ، والعقد صحيح فأفسدت العقد الصحيح بأنه لو كان أنه نوى فيه مالو شرط في البيع أو في النكاح لفسد » .

فأنت ترى أن الشافعي لم يبطل بيوع الآجال وما ذكر معها لعدم تحقق مناط قاعدة الذرائع فيها ، لأنه إذا كان الأخذ بالقاعدة يعني أن للوسيلة حكم المقصد ، وللمظنة حكم المظنون ، فإن هذه القاعدة لا يؤدى تطبيقها على هذه البيوع إلى إبطالها ، ذلك أن هذه البيوع مظنة لأن يقصد بها المحرم ، والقصد المحرم لو ثبت لما أبطل العقد ، فكيف تبطل مظنته . ولا يؤخذ من عدم إبطال الشافعي لهذه العقود أنه يرد قاعدة الذرائع مطلقاً ، ولا يعطى للوسيلة حكم القصد ، كما صرح به ابن القيم بل كل ما فيه أن قاعدة الذرائع لم تطبق على هذه العقود لعدم تحقق مناطها فيها عند الشافعي ، فإذا ما تحقق مناط القاعدة في غيرها أخذ الشافعي بها كما صرح بذلك وقال « إن الذرائع إلى الحرام والحلال في معنى الحلال والحرام » .

وإذا ثبت بطلان دعوى ابن القيم التلازم بين هذه القواعد الثلاث ، وما ترتب عليها من أن الشافعي لا يسد الذرائع ، لأنه لا يرى أن للقصد المحرم والنية الفاسدة دخلا في إبطال العقود فإن الأدلة التي أقامها ابن القيم على بطلان الذرائع ، لا معنى لها في مقام الاحتجاج على الشافعي في دعواه عدم تأثير القصد على العقد قضاء . ذلك أن الشافعي يأخذ بالذرائع ، وأدلة ابن القيم أدلة للشافعي نفسه ، غير أن الأخذ بهذه القاعدة لا يلزم منه ضرورة ، القول بأن للقصد الباطل تأثيراً في إبطال العقود والتصرفات . كما سبق إثباته من عدم التلازم بين القاعدتين عند أصحاب النظرية الظاهرية . فالذرائع تعني إعطاء الوسيلة حكم المقصد ، والشافعي يسلم بذلك ، ولكنه يقول في بيوع الآجال إن العقد مظنة لأن يقصد به المحرم ، وقصد المحرم حرام ولكنه لا يبطل العقد ، فأعطى الوسيلة حكم المقصد ، ولكن حكم الأخير هنا هو الحرمة لا البطلان قضاء .

ثانياً ــ رأى القرافى

رأينا أن القرافى المالكى يقسم الذرائع أقساماً ثلاثة : قسم أجمعت الأمة على سده ، وقسم أجمعت على عدم سده ، وقسم يقول مالك بسده ، ويخالفه فيه الشافعى[1] . وقد مثل لهذا القسم ببيوع الآجال ثم قال « اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا » .

فظاهر كلام القرافى يفيد أن الشافعى لا يطرد قاعدة الذرائع ، بل يأخذ بها فى بعض الفروع ، ويترك الأخذ بها فى البعض الآخر ، ومما ترك فيه الأخذ بها بيوع الآجال .

والأساس الذى اعتمد عليه القرافى فيما توصل إليه من أن الشافعى يأخذ بقاعدة الذرائع فى بعض الفروع دون بعض ، أنه رحمه الله ، درس فقه الشافعى ، فرأى أن هناك فروعاً أخذ فيها الشافعى بقاعدة سد الذرائع، كما أخذ بها فيها غيره ، ثم وجد للشافعى رضى الله عنه بعض النصوص التى تدل بظاهرها على أنه لا يأخذ بقاعدة الذرائع فيها ، فقال ما قال من أن الشافعى يأخذ بالقاعدة فى بعض الحالات دون بعض ، ولم يبين لنا ضابط ذلك ، وإن ضرب بعض الأمثلة لفروع لا يسد الشافعى فيها الذرائع .

ويحسن بنا أن نذكر بعض النصوص التى فهم القرافى منها أن الشافعى لم يأخذ بقاعدة الذرائع فى بيوع الآجال ، ثم نبين أن هذه النصوص ،لا تفيد فى دعوى القرافى عدم اعتبار قاعدة الذرائع فى هذه الفروع ، وأن أقصى ما تفيده أن الشافعى لم يبطل بيوع الآجال لأن أعمال قاعدة الذرائع يؤدى إلى ذلك .

(ا) النص الأول : يقول الشافعى فى الأم[2]، وهذا يدل على أنه

---

(١) راجع ماسبق .

(٢) الأم ٧ : ٢٧٠ .

لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ، ولا بتوهم ، ولا بأغلب . وكذلك كل شيء لا تفسده إلا بعقده ، ولا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ، ولو جاز أن نبطل فى البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذى لا يحل كان أن يكون اليقين فى البيوع بعقد مالا يحل أولى أن يرد به من الظن . ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفاً ، ونوى بشرائه أن يقتل به ، كان الشراء حلالا ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع ، قال : وكذلك لو باع البائع سيفاً من رجل يراه أنه يقتل به رجلا كان هكذا . وكذلك لو اشترى فرساً . . . ألا ترى لو أن رجلا شريفاً نكح دينة أعجمية ، أوشريفة نكحت ديناً أعجمياً فتصادقا من الوجهين على أن لم ينو واحد منهما أن يثبت على النكاح أكثر من ليلة لم يحرم النكاح بهذه النية لأن ظاهر عقدته كانت صحيحة ، إن شاء الزوج حبسها ، وإن شاء طلقها . فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها لا يفسدها نية المتعاقدين ، كانت العقود إذا عقدت فى الظاهر صحيحة أولى ألا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها ، ثم سيما إذا كان توهما ضعيفاً والله تعالى أعلم» .

فظاهر هذا النص يفيد أن الشافعى لا يأخذ بقاعدة الذرائع فى نطاق العقود ، وقد فهم القرافى منها ذلك . والواقع أن عدم إبطال العقود التى تعد مظنة لأن يقصد بها الحرام ، يعد تطبيقاً لقاعدة الذرائع وليس تركا لها ، كما سبق غير مرة . وذلك لأن الشافعى يعطى الوسيلة حكم المتوسل إليه ، وغاية الأمر فى هذه العقود ، أن يقصد بها المحرم ، وقصد المحرم حرام ، ولا يبطل العقد فلتكن هذه العقود حراماً ولا تبطل ، إعطاء للوسيلة والمظنة حكم المظنون بدون زيادة عليه ، إذ لا يعقل أن يقرر الشافعى أن قصد المفسدة بالعقد لا يبطله ، ما دام لم يذكر فى صلب العقد ، ثم يقرر أن

ما كان ذريعة ومظنة لهذا القصد يبطل . ويبقى الخلاف بين الشافعى والمالكية فى حكم ثبوت القصد المحرم أو النية الباطلة . والشافعى لا يبطل العقد بذلك بخلاف المالكية ومن نهج نهجهم .

(ب) النص الثانى : يقول الشافعى فى الأم(١): قال الشافعى رحمه الله الله تعالى : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إن كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن رآه يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه يعصره خمراً ، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً ، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، وكما أفسد نكاح المتعة ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً ، وهو ينوى ألا يمكسها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد » .

ففى هذا النص أيضاً يؤكد الشافعى مذهبه وهو أن القصد إلى المفاسد فى العقد لا يبطل العقد نفسه ، ما دام لم يذكر فى صلبه ، وإن كان قاصد المفسدة آثماً ، إنما يحاسبه على هذه النية الباطلة ، والقصد غير المشروع من يعلم السر وأخفى ، ونحن نحكم بما ظهر لنا من عبارة العاقدين ، فما دام العقد قد اكتملت أركانه ، وتوافرت شروطه ، ولم يذكر فيه الشرط الباطل ، فإنه عقد صحيح ، وما دام القصد لا يبطل العقد ، فما كان مظنة وذريعة له لا يبطل من باب أولى .

ولقد طبق الشافعى ذلك على بيوع الآجال فقال(٢): « قال الشافعى

(١) الأم ٣ : ٦٥ .

(٢) الأم ج ٣ ص ٣٣ .

رحمه الله : «ومن باع سلعة من السلع إلى أجل من الآجال ، وقبضها المشترى فلا بأس أن يبيعها الذى اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر ، ودين ونقد ، لأنها بيعة غير البيعة الأولى ، وقد قال بعض الناس لا يشتريها من البائع بأقل من الثمن » .

« وإذا اشترى الرجل طعاماً إلى أجل فقبضه ، فلا بأس أن يبيعه ممن اشتراه منه ومن غيره ، بنقد ، وإلى أجل ، وسواء فى هذا المعين (الذريعة) وغير المعين ... وسواء كان هذا عن عادة اعتادها أو غير عادة ، وسواء أحدث هذا أول بيعة تبايعا به ، أو بعد مائة بيعه ، ليس للعادة التى اعتادها معنى يحل شيئاً ولا يحرمه ... وليس تفسد البيوع أبداً ولا النكاح ولا شىء أبداً إلا بالعقد ، فإذا عقد عقداً صحيحاً لم يفسده شىء تقدمه ولا تأخر عنه ، كما إذا عقد عقداً فاسداً لم يصلحه شىء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح » .

والخلاصة أن كل ما قرره الشافعى فى بيوع الآجال وغيرها لا يدل إلا على أن القصد الحرام بالعقد لا يبطله ، فمن باب أولى ، إذا كان العقد ذريعة لأن يقصد به المحرم لا يبطل ، وأن ذلك تطبيق لقاعدة الذرائع وليس تركا لها .

ثالثاً — رأى الشاطبى

يرى الشاطبى أن قاعدة الذرائع من القواعد القطعية التى أجمع الأئمة على الأخذ بها ، واعتبارها فى التفريع وتشريع الأحكام . وأن الشافعى رضى الله عنه لم يشذ عن الأئمة الذين اعتمدوا هذه القاعدة وبنوا عليها كثيراً من الأحكام [1]. فيقول :

---

(١) الموافقات ٣ : ٦١ .

« وسد الذرائع مطلوب مشروع ، وهو أصل من الأصول القطعية فى الشرع » .

ويقول(١): وأيضاً فلا يصح أن يقول الشافعى إنه يجوز التذرع إلى الربا بحال ، إلا أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ، وما لك يتهم بسبب ظهور فعل اللغو وهو دال على القصد إلى الممنوع ، فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها فى الجملة ، وإنما الخلاف فى أمر آخر » .

ويقول(٢) : « الذرائع قد ثبت سدها فى خصوصات كثيرة ، بحيث أعطيت فى الشريعة معنى السد مطلقاً عاماً . . أما الشافعى فالظن به أنه تم له الاستقراء فى سد الذرائع على العموم ، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلاماً بعدم وجوبها ، وليس فى ذلك نص صريح من كتاب أو سنة ، وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعى ليس بحجة . لكن عارضه فى مسألة بيوع الآجال دليل آخر ، رجح على غيره فأعمله ، فترك سد الذريعة لأجله ، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد مخالفاً » .

ونحن نوافق الشاطبي فى أن الشافعى رضى الله عنه قد تم له الاستقراء فى سد الذرائع على العموم . ونضيف إلى الواقعة التى كانت مرشداً له فى الوصول إلى هذه النتيجة ، وهى ترك الشافعى الأضحية إعلاماً بعدم وجوبها ، نص الشافعى الذى عثرنا عليه فى الأم ، فى باب إحياء الموات ، وهو نص صريح فى أخذ الشافعى بهذه القاعدة وتطبيقها على وجه الإطلاق والعموم يقول رحمه الله « إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله . . وأن الذرائع إلى الحرام والحلال تشبه معانى الحلال والحرام » .

---

(١) المرجع السابق ٤ ، ٢٠٠ .
(٢) المرجع السابق ٣ ، ٣٠٥ .

ولكننا نخالف الشاطبي في دعواه أن الشافعي لم يأخذ بقاعدة الذرائع في بيوع الآجال، لدليل رجح لديه العدول عن هذه القاعدة. ونرى أن تطبيق القاعدة على بيوع الآجال يؤدي إلى صحة هذه البيوع قضاء، وإن حرمت ديانة. ودليلنا ماسبق غير مرة، من أن قاعدة الذرائع تعني إعطاء المظنة حكم المظنون، وإذا كان حكم القصد الفاسد في العقود هو الحرمة دون البطلان عند الشافعي، فكل عقد كان مظنة لهذا القصد حرام وليس باطلا. فآل الأمر إلى أعمال قاعدة الذرائع وليس إلى تركها.

وبقي علينا أن نعرف لماذا لا يبطل الشافعي العقد إذا نوى به العاقدان الحرام، ولماذا يتمسك بالظاهر، ويحكم بصحة العقود التي اكتملت أركانها، وتوافرت شروطها، وإن كان الباعث عليها محرماً، والقصد منها غير مشروع؟

وأنا أترك المقام للشافعي نفسه، ليشرح رأيه والحجج التي يؤيده بها.

يقول رضي الله عنه في الأم(١): «لهذا كله نبطل حكم الأزكان في الذرائع في البيوع وغيرها، من حكم الأزكان.. وذلك أنه يزكن في الشيء الحلال فيحرمه ثم يأتي إلى ماهو أولى أن يحرمه منه إن كان له التحريم بالازكان فلا يحرمه، فإن قال قائل ومثل ماذا في البيوع؟ قيل أرأيت رجلا اشترى فرساً على أنها عقوق، فإن قال لا يجوز البيع لأن ما في بطنها مغيب غير مضمون بصفة عليه، قيل له. وكذلك إذا اشتراها وما في بطنها بدينار، فإن قال نعم، قيل أرأيت إذا كان المتبايعان بصيرين فقالا هذه الفرس تساوي خمسة دنانير إن كانت غير عقوق، وعشرة أن كانت عقوقاً، فإنا آخذها منك بعشرة، ولولا أنها عندي عقوق لم أزدك على خمسة، وقلنا لا نشترط معها عقوقاً لإفساد البيع، فإن قال هذا البيع يجوز لأن الصفقة

---

(١) الأم ٤، ٤٢.

وقعت على الفرس دون ما فى بطنها ونيتهما معاً وإظهارهما الزيادة لما فى البطن لا يفسد البيع إذا لم تعقد الصفقة على ما يفسد البيع ، ولا أفسد البيع ههنا بالنية ، قيل له إن شاء الله تعالى ، وكذلك لا يحل نكاح المتعة ويفسخ ، فإن قال نعم ، قيل له وإن كان أعزب أو آهلا ، فإن قال نعم ، قيل فإن أراد أن ينكح امرأة ونوى ألا يحبها ألا يوماً او عشراً إنما أراد أن يقضى منها وطراً ، وكذلك نوت هى منه غير أنهما عقدا النكاح مطلقاً على غير شرط ، فإن قال هذا يحل ، قيل له : ولم تفسده بالنية إذا كان العقد صحيحاً؟ فإن قال نعم ، قيل له إن شاء الله تعالى : فهل تجد فى البيوع شيئاً من الذرائع أو فى النكاح شيئاً من الذرائع تفسد به بيعاً أو نكاحاً أولى أن تفسد به البيع من شراء الفرس العقوق على ما وصفت ، وكل ذات حمل سواها والنكاح على ما وصفت ، فإذا لم تفسد بيعاً ولا نكاحاً بنية يتصادق عليها المتبايعان ، والمتناكحان أياً كانت نيتهما ظاهرة قبل العقد ومعه وبعده ، وقلت لا أفسد واحداً منهما لأن عقد البيع وعقد النكاح وقعا على صحة والنية لا تصنع شيئاً وليس معها كلام ، فالنية إذا لم يكن معها كلام أولى أن لا تصنع شيئاً يفسد به بيع ولا نكاح . قال الشافعى : وإذا لم يفسد على المتبايعين نيتهما أو كلاهما ، فكيف أفسدت عليهما بأن أزكنت عليهما أنهما نويا أو أحدهما شيئاً والعقد صحيح فأفسدت العقد الصحيح بازكانك أنه نوى فيه ما لو شرط فى البيع أو فى النكاح فسد » .

ويقول رضى الله عنه(١) : « فإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر فى تغيير حكمه ، يوضحه أن النية لا تؤثر فى اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسبباتها ، ولا تؤثر النية فى تفسيرها » .

ويقول(٢) : « فالقصد لا يقدح فى اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج

---

(١) أعلام الموقعين ٣ : ١٧١ نقلا عن الشافعى .

(٢) أعلام الموقعين ٣ : ١٧١ .

عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشترى سلاحاً وفى نيته أن يقتل به معصوماً ، فكل ذلك لا أثر له فى صحة البيع من جهة أنه منقطع عن الريب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه ، وقد ظهر بهذا الفرق بين هذا القصد ، وبين الإكراه ، فان الرضا شرط فى صحة العقد ، والإكراه ينافى الرضا » .

ويقول(١) : « ثم قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك ، فان هذه العقود التى لم يشترط المحرم فى صلبها عقود صدرت من أهلها ، فى محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له فى بطلان الأسباب الظاهرة » .

ويقول(٢) : « قال الشافعى رحمه الله : ، وإذا كانت لرجل ماشية من إبل فبادل بها إلى بقر أو إبل بصنف من هذا صنفاً غيره ، أو بادل معزى ببقر أو إبلا ببقر أو باعها بمال عرض أو نقد فكل هذا سواء ، فإن كانت مبادلته بها قبل الحول فلا زكاة عليه فى الأولى ولا الثانية حتى يحول على الثانية الحول من يوم ملكها ، وكذلك إن بادل بالتى ملك آخر قبل الحول إلى ماشية أخرى لم يكن عليه فيها زكاة ، وأكره هذا له إذا كان فراراً من الصدقة ، ولا يوجب الفرار الصدقة إنما يوجبها الحول والملك » .

ويقول(٣) : « وأكره لمن خرجت منه (الصدقة) أن يشتريها من يد أهلها الذين قسمت عليهم ولا أفسخ البيع إذا اشتروها منهم وإن كرهت ذلك منهم .

فهذه النصوص تبين وجهة نظر الشافعى فى اعتماده فى صحة العقود

---

(١) المرجع السابق حـ ٣ ص ١٧٢ — ١٧٣ .

(٢) الأم ٢ : ٢٠ .

(٣) الأم حـ ٢ ص ٥١ .

والتصرفات على الظاهر ، وترك النيات والمقاصد لله عز وجل ومن غير شك أن نظرية الشافعى ، وإن كانت تحقق الاستقرار فى التعامل بين الناس، إلا أنها لا تقضى على البواعث المحرمة ، والمقاصد غير المشروعة ، على أن أصحاب النظرية الذاتية ، وإن كانوا يجيزون إبطال العقد إذا ثبت القصد المحرم ، وظهر الباعث غير المشروع ، فأنهم يحتاطون لاستقرار التعامل بين الناس باشتراط أن يكون القصد الباطل والباعث غير المشروع مشتركا بين العاقدين ، أو على الأقل أن يقوم هذا القصد بأحد العاقدين ويعلم به العاقد الآخر . وهذا كاف فى استقرار التعامل بين الناس ، حتى لا يفاجأ العاقد ببطلان عقد كان يعتقد صحته وسلامته من الأسباب المبطلة له .

الفرع الثالث

تطبيقات من الفقه الشافعى على قاعدة الذرائع

نعرض فى هذا الفرع بعض المسائل التى أفتى فيها شيوخ الشافعية بناء على قاعدة الذرائع . فمنعوا من الفعل المأذون فيه إذا كان ذريعة إلى مفسدة راجحة على مصلحته ، وأذنوا فى الفعل الذى هو ذريعة إلى المفسدة إذا رجحت مصلحته على تلك المفسدة . وأعطوا الوسيلة حكم الغاية والمقصد . وإليك بعض هذه المسائل :

١ — لو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة لهم جاز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ الأسراء منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ، لأن مفسدة بقائهم فى أيديهم واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال »(١) .

فى هذا المثال نجد أن الأصل فى دفع المال إلى الكفار المنع لما فيه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧٩ .

من تقويتهم ، ولكنه لما كان ذريعة إلى تحصيل مصلحة أهم ، أو دفع مفسدة أكبر جاز (١) .

٢ — « الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تزيد عليه جاز كالكذب الإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها »(٢) .

فى هذا المثال نجد أن الفعل غير مأذون فيه لما فيه من المفسدة ، ولكنه جاز لأنه يؤدى إلى تحصيل مصلحة أهم ، أو دفع ضرر أشد . فكان داخلا تحت قول الشافعى الذريعة إلى الحلال تشبه معنى الحلال ، فالإصلاح بين الناس حلال ومصلحة فالكذب لما كان ذريعة إليها حل ، وإن كان أصله المفسدة ، ولكن لاعبرة بالمفسدة المرجوحة فى مقابلة المصلحة الراجحة .

٣ — « المبالغة فى المضمضة والاستنشاق مسنونة ، وتكره للصائم ، وتخليل الشعر سنة فى الطهارة ويكره للمحرم »(٣) .

فهنا الفعل مشروع ، لما فيه من المصلحة ، ولكنه لما كان ذريعة إلى مفسدة هى الإفطار ، أو إسقاط شعر المحرم ، منع منه . ولم يبق مسنوناً .

٤ — « الرخص لا تناط بالمعاصى ، فلا يستبيح العاصى بسفره شيئاً من رخص السفر من القصر ، والجمع والفطر ، والمسح ثلاثاً ، والتنفل على

---

(١) ولقد سبق أن الإمام القرافى يذكر مثل هذه الفتوى فى مذهب مالك فيقول «قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة ، كالتوصل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذى هو محرم عليهم الانتفاع به بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا هو كدفع مال لرجل يأكله حراماً حتى لا يزنى بامرأة إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك ، وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك ، ففى هذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال ، ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة « الفروق جـ ٢ ص ٣٣ » .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٧٩ .

الراحلة ، وترك الجمعة ، وأكل الميتة ، وكذا التيمم على وجه » .

فهنا نجد أن الرخصة مشروعة فى الأصل ، ولكن لما كان القول بجواز الترخيص للعاصى ذريعة إلى مفسدة التمادى فى المعصية منع منه للعاصى » فإذا علم العاصى بسفره أنه لا يستبيح شيئاً من الرخص إلا بالتوبة والإقلاع عن المعصية ، فإنه يسارع إليها ، فى حين أنه إذا علم أنه يترخص مع المعصية لم يسارع إلى التوبة منها .

ولقد فرع القرافى هذه القاعدة على قاعدة الذرائع ، ثم بين وجه التفريع فقال « لأن ترتيب الترخيص على المعصية سعى فى تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها ، ولكنه فرق بين كون المعاصى أسباباً للرخص ، وبين مقارنة المعاصى لأسباب الرخص ، وجعل الأولى من الذرائع دون الثانية مخالفاً بذلك الشافعية(١) .

٥ — ما حرم أخذه حرم إعطاؤه ، كالربا ومهر البغى والرشوة ، وأجرة النائحة ، والزامر ، ويستثنى من ذلك صور : منها : الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه ، وفك الأسير ، وإعطاء شىء لمن يخاف هجره ، ولو خاف الوصى أن يستولى غاصب على المال ، فله أن يؤدى شيئاً ليخلصه ، وللقاضى بذل المال على التولية ويحرم على السلطان أخذه»(١) .

فهذه القاعدة تفريع على قاعدة الذرائع ، حيث كان الأخذ مفسدة محرمة ، وكان الإعطاء ذريعة إلى هذه المفسدة المحرمة فحرم ، فدخل تحت قول الشافعى ما كان ذريعة إلى الحرام أشبه معنى الحرام أى وإن لم يكن فى نفسه حراماً . فالإعطاء ليس محرماً لذاته وإنما كان التحريم لأنه ذريعة إلى مفسدة أكل الآخذ المال الحرام .

---

(١) راجع الفروق جـ٢ ص ٣٣ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٣٥ .

ومن الأمثلة المستثناة من القاعدة ، ما إذا كان الفعل راجح المصلحة على المفسدة ، إذ يجب فتح الذريعة ، فإعطاء المال للكفار ممنوع لأنه ذريعة إلى أخذ الكفار مال المسلمين دون حق ، ولكن لما كان الإعطاء ذريعة إلى حصول مصلحة أهم ، أو دفع ضرر أكبر كان جائزاً فتحاً لذريعة المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة .

٦ — ما حرم استعماله حرم اتخاذه ، ومن ثم حرم الشافعية اتخاذ آلات الملاهي ، وأواني النقدين . والكلب لمن لا يصيد ، والخمر والحرير والحلي للرجل ، لأنه ربما جر اتخاذه إلى استعماله »(١) .

فالاتخاذ فعل مشروع في الأصل لأنه لا يتضمن مفسدة في نفسه ، ولكنه منع منه لأنه كان ذريعة إلى الاستعمال المحرم ، ولذلك يقول صاحب الأشباه والنظائر « لأنه ربما جر اتخاذه إلى استعماله » .

٧ — « وقد ينفذ التصرف العام من غير ولاية كما في تصرف الأئمة البغاة ، فإنه ينفذ مع القطع بأنه لا ولاية لهم ، وإنما نفذت تصرفاتهم وتوليتهم لضرورة الرعايا . وإذا نفذ ذلك مع ندرة البغي فأولى أن ينفذ تصرف الولاة والأئمة مع غلبة الفجور عليهم ، وأنه لا انفكاك للناس عنهم »(٢) .

فالأصل هنا في التصرف عدم النفاذ ، ولكن لما كان عدم النفاذ يؤدي إلى تفويت مصلحة أهم ، أو حدوث ضرر أكبر ، وجب القول به ، تحصيلا للمصلحة الراجحة في مقابلة المفسدة المرجوحة .

٨ — « إذا تعذرت العدالة في الولاية العامة والخاصة بحيث لا يوجد عدل ولينا أقلهم فسوقاً »(٣) .

---

(١) الأشباه والنظائر ١٣٤ .

(٢) القواعد الكبرى ١ — ٦٨ .

(٣) القواعد الكبرى ١ — ٧٣ .

فالعدالة شرط في الولاية لمصلحة ، فإذا كان اشتراطها ذريعة إلى حدوث مفسدة أكبر ، ترك هذا الشرط ، تقديماً للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة .

٩ — « ولو استولى الكفار على إقليم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة فالذى يظهر إنفاذ ذلك كله جلباً للمصالح العامة ، ودفعاً للمفاسد الشاملة . إذ يبعد من رحمة الشارع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة . وتحمل المفاسد العامة الشاملة لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها »(١) .

١٠ — « نبش الأموات مفسدة محرمة ، لما فيه من انتهاك حرمتهم ، لكنه واجب إذا دفنوا بغير غسل أو وجهوا إلى غير القبلة ، لأن مصلحة غسلهم ، وتوجيههم إلى القبلة أعظم من توقيرهم بترك نبشهم .

وكذلك شق جوف المرأة على الجنين المرجو حياته ، لأن حفظ حياته أعظم مصلحة من مفسدة انتهاك حرمة أمه » ، ويمكن أن يخرج على ذلك تشريح جثث الموتى للمصلحة العامة ، وإنقاذاً لحياة الأحياء(٢) .

فهنا نجد أن الفعل ممنوع في الأصل لما فيه من المفسدة ، ولكنه ذريعة إلى مصلحة تربو على مفسدته . فجاز فتحاً للذريعة .

١١ — « وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجبة للضمان إلا في حق الحكام ونواب الحكام إذا غلطوا بذلك في معرض التصرف بالأحكام لأن التغريم يكثر ويشق عليهم ، ويزهدهم في ولاية الأموال . وهو يفوت مصلحة راجحة »(٣) .

---

(١) المرجع السابق ١ : ٧٤ .

(٢) القواعد الكبرى ١ : ٨٧ .

(٣) المرجع السابق ١ : ٩٠ .

١٢ — إتلاف مال الغير مفسدة فى حقه مضمون ببدله إلا فى البغاة والصوال والممتنعين من أداء الحقوق بالقتال لأن المصلحة راجحة على المفسدة(١) .

١٣ — القتل بغير حق مع الجهل بكونه مستحقاً ، مفسدة موجبة للضمان على القاتل أو على عاقلته إلا أن يكون جلاداً لما فى تغريمه من تكرر الغرم الداعى إلى ترك القيام بمصلحة إقامة الحدود والقصاص(٢) .

١٤ — « تصحيح ولاية الفاسق مفسدة لما يغلب عليه من الخيانة فى الولاية لكننا صححناها فى حق الإمام الفاسق والحاكم الفاسق لما فى إبطال ولايتهما من تفويت المصالح العامة ، ونحن لاننفذ من تصرفاتهم إلا ماينفذ من تصرف الأئمة المقسطين والحكام العادلين ، فلا يبطل تصرفه فى المصالح لأجل تصرفه فى المفاسد ، قال ابن عبد السلام : «والذى أراه فى ذلك أن نصحح تصرفهم الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية كما نصحح تصرفات إمام البغاة مع عدم إمامته ، لأن مايثبت للضرورة يقدر بقدرها ، والخصوص فى خصوص تصرفاته ، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك بخلاف الإمام العادل ، فان ولايته قائمة فى كل ماهو معترض إلى الأئمة »(٣) .

١٥ — « تجب إجارة رسل الكفار مع كفرهم لمصلحة مايتعلق بالرسالة من المصالح الخاصة والعامة »(٤) . وعلى هذا تخرج قواعد الحصانة الدبلوماسية .

١٦ — « قتل الكفار من النساء والأطفال مفسدة لكنه يجوز إذا تترس بهم الكفار بحيث لا يمكن دفعهم إلا بقتلهم »(٥) .

---

(١) المرجع السابق ١ : ٩٠ .
(٢) المرجع السابق ١ : ٩٠ .
(٣) القواعد الكبرى ١ : ٩١ .
(٤) المرجع السابق ١ : ٩٤ .
(٥) المرجع السابق ١ : ٩٥ .

١٧ - قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة إلا إذا تترس بهم الكفار وخيف من ذلك اصطلام المسلمين، ففي جواز قتلهم خلاف لأن قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من قتل جميع المسلمين(١).

١٨ - الغيبة مفسدة محرمة لكنها جائزة إذا تضمنت مصلحة واجبة التحصيل أو جائزة التحصيل، ولها أمثلة كثيرة أيضاً فى الفقه الشافعى(٢).

١٩ - «من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم يكن لمصلحة فى ثبوته، عوقب بحرمانه(٣) وذلك سداً لذريعة إتيان المحرم، فإن الوارث إذا علم أنه إذا قتل مورثه حصل على الإرث، فإن ذلك يدفعه إلى هذا القتل، فى حين أنه لو علم أنه إن قتل ان يرث منه، لم يقدم على قتله، فالحرمان إذن سد ومنعاً لذريعة العمل الممنوع. ويخرج على القاعدة مايتحقق فيه مناطها.

٢٠ - بيع السلاح للحربى باطل عند الشافعية لأنه ذريعة إلى المفسدة وإن كان البيع فى ذاته مصلحة، إلا أن مفسدة الفعل أرجح من مصلحته فمنع منه وبطل(٤).

٢١ - «أفتى ابن الصلاح فى مغنية اشترت جارية حملتها على الفساد أنها تباع عليها قهراً إذا تعين ذلك طريقاً إلى خلاصها من الفساد». (٥) وبيع ملك الغير بدون إذنه الأصل فيه المنع لأنه ظلم له، ولكنه لما كان ذريعة إلى دفع مفسدة أشد، هى مفسدة وقوع الفاحشة، جاز هذا البيع.

٢٢ - أفتى القاضى حسين فيمن كلف عبده مالا يطيقه أنه يباع عليه

---

(١) المرجع السابق ١ : ٩٥.

(٢) القواعد الكبرى ١ : ٩٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ١٣٦.

(٤) المرجع السابق ٣٢٨.

(٥) المرجع السابق ٣٣٠.

وذلك من فتح الذرائع إلى المطلوب ، فالرفق بالعبد وحفظ آدميته مطلوب ، فكان ما أدى إليه ، وهو بيعه لمن يكلفه قدر الطاقة مطلوب ، وإن كان فيه اعتداء على حق مالكه . تقديماً لدفع المفسدة الراجحة على جلب المصلحة المرجوحة .

٢٣ — القاعدة عند الشافعية أنه لايجوز أخذ الأجرة على الواجب ألا أنهم أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن . وذلك لأنه إذا كان أخذ الأجرة على الواجب ذريعة إلى أخذ مال بغير حق لأنه ملزم بتعليم القرآن ، إلا أن عدم الأخذ عندما يضعف الوازع الديني ، ذريعة إلى ترك الناس تعليم القرآن ، وهي مفسدة راجحة على مصلحة عدم أخذ الأجرة(١).

٢٤ — « نفي المخنث نص عليه الشافعي مع أنه لامعصية فيه إذا لم يعتد إنما فعل للمصلحة الراجحة(٢) إعمالا لقاعدة الذرائع . إذ النفي ذريعة إلى مفسدة الاعتداء على حرية المسلم ، ولكن مصلحة النفي مصلحة عامة فرجحت على مصلحة المخنث في حريته الفردية .

٢٥ — أفتى الشافعية بأن أهل البغي لايعزرون للمعصية لأن التعزير ربما كان مهيجاً لما عندهم فينفتح بسببه باب القتال(٣) وهذه الفتوى إعمال لقاعدة الذرائع ، إذ التعزيز على المعاصي مأذون فيه لمصلحة ، ولكن تعزير أهل البغي ذريعة إلى مفسدة راجحة على هذه المصلحة فمنع منه .

٢٦ — الحبس في الدين مأذون فيه عند الشافعية ، وقد أفتوا بعدم جواز حبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل ، بل يوكل بهم ، وذلك لما

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٤١ .

(٢) المرجع السابق ٣٥٢ .

(٣) المرجع السابق ٣٥٢ .

فى حبس هؤلاء من المفسدة المربية على مصلحة صاحب الدين فى حبسهم فأعملت قاعدة الذرائع لتمنع من حبسهم[١] .

٢٧ — جاء فى المنهاج وشرح جلال الدين المحلى عليه[٢] « وتصرف كل واحد من الملاك فى ملكه على العادة ، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف. فإن تعدى العادة ضمن ماتعدى فيه . والأصح أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً واصطبلا ، وطاحونة ، وحانوته فى البزازين حانوت حداد أو قصار إذا احتاط وأحكم الجدران بما يليق بمقصوده . والثانى يمتنع لما فيه من الضرر ، وعورض بأن فى منعه إضراراً به »

وجاء فى حاشية قليوبى على هذا النص « نخرج نحو معمل النشادر فيضمن فاعله بين الأبنية ماتولد منه ، ومثله معمل البارود » .

وهذا الاجتهاد مبنى على قاعدة الذرائع ، ومضمونه الموازنة بين مصلحة صاحب الملك فى استعمال ملكه ، ومايكون استعماله لملكه ذريعة إليه من الأضرار التى تلحق الجيران . وقد رأينا أن الضابط فى استعمال الشخص لملكه هو سلوك الشخص المعتاد . فلكل واحد من الملاك أن يتصرف فى ملكه على العادة . فاذا خرج الشخص فى استعمال حقه عن العادة كان ضامناً لكل ماتسبب عن استعماله لحقه من أضرار .

واقد رأينا تطبيقاً لهذه الفكرة على من يستعمل ملكه حماماً بين المساكن ، أو حانوت حداد بين البزازين ، ورأينا الشيوخ يختلفون فى الترجيح بين مصلحة صاحب الحانوت أو الحمام ، ومصلحة من يتضرر منه ،

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ٣٥٢ .

(٢) راجع حاشية قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى للمنهاج ٣ : ٩٠ .

وأما مصنع البارود والنشادر فى جهة آهلة بالسكان فسبب للضمان بالاتفاق لأنه ذريعة إلى الضرر غالباً ، وليس نادراً . وعلى كل حال ، فالأساس أن الفعل الذى شرع لمصلحة معينة ، يمنع إذا كان ذريعة إلى مفسدة موازية أو راجحة على هذه المصلحة ، ويختلف نظر الفقهاء بعد ذلك فى الموازنة بين المصالح والمفاسد المتعارضة ، وهو نظر فى تطبيق القاعدة ، وتحقيق مناطها ، وليس فى أصل الأخذ بها .

الفصل الثانى

نظرية المصلحة عند الغزالى

لقد جاء الغزالى فوجد أن اصطلاح المصالح المرسلة قد شاع بين كتاب الأصول ، واشتهر القول به عن المالكية ، فأولى هذا النوع من الاستدلال عناية فائقة ، وتكلم فيه بما لم يسبقه إليه أحد ، وذلك فى كتبه الثلاثة الاصولية: المنخول والمستصفى وشفاء الغليل. وسوف أذكر فى المبحث الأول مضمون نظرية المصلحة كما انتهت إليه عند الغزالى ، وكما يؤخذ من كتبه الأصولية الثلاثة . وأخصص مبحثاً ثانياً لعرض ما كتبه الغزالى عن المصلحة بشىء من التفصيل، فى كل كتاب من تلك الكتب الثلاثة ، وذلك من حيث تعريف المصلحة ، وشروطها ، وعلاقتها بالنص الشرعى .

المبحث الأول

مضمون نظرية الغزالى فى المصلحة

لقد انتهى الغزالى من دراسة المصلحة المرسلة فى كتبه الثلاثة التى عرض فيها للاستدلال المرسل إلى نظرية يمكن أن يطلق عليها « نظرية الترجيح بين المقاصد الشرعية المتعارضة » . ومضمون هذه النظرية يتمثل فى أسس ثلاثة :

الأساس الأول : أن المصلحة المرسلة ليست أصلا مستقلا عن أصول التشريع ، وذلك لأن المصلحة عنده ترجع إلى المحافظة على مقاصد الشارع ، ومقاصد الشارع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع . فهو يقول(١): « فإن

---

(١) المستصفى ١ : ٣١٠ .

قيل فقد ملتم فى أكثر هذه المسائل إلى القول بالمصالح ، ثم أوردتم هذا الأصل فى جملة الأصول الموهومة ، فليلحق هذا بالأصول الصحيحة ليصير أصلا خامساً بعد الكتاب والسنة والإجماع والعقل. قلنا هذا من الأصول الموهومة ، إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ ، لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشرع فهى باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع ، فليس خارجاً عن هذه الأصول ، لكنه لا يسمى قياساً ، بل مصلحة مرسلة ، إذ للقياس أصل معين ، وكون هذه المعانى مقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة ، وقرائن الأحوال ، وتفاريق الإمارات تسمى لذلك مصلحة مرسلة ».

فالمصلحة المرسلة فى نظر الغزالى طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، وليست دليلا زائداً عليها ولا خارجاً عنها ، أو بعبارة أخرى هى طريقة استدلال تعتمد على النصوص ، وليست مقابلة لها ، كما سنرى ذلك عند الطوفى .

الأساس الثانى : أن المصلحة المرسلة إذا فسرت بالمحافظة على مقصود الشرع فهى حجة قطعية لا ينبغى الخلاف فيها بين الأئمة ، وإذا ثار خلاف بينهم بشأنها فهو خلاف يرجع إلى تطبيق الأصل وتحقيق مناطه ، لا إلى أصل صحة الاحتجاج به ، والرجوع إليه . فهو يقول[1] : « وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقاصد الشرع فلا وجه للخلاف فى اتباعها ، بل يجب

---

(١) المستصفى ١ ، ٣١٠ .

القطع بكونها حجة ، وحيث ذكرنا خلافاً فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين ، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى » .

فأصل الاستدلال المرسل حجة قطعية فى نظر الغزالى لا ينبغى لأحد أن يخالف فيها ، ولكن تطبيق الأصل على بعض الفروع والوقائع لا يفيد إلا الظن ، ومن ثم فلا مناص من وقوع الخلاف فيه بين العلماء . فقد يرى بعض المجتهدين أن المصلحة تقتضى فى الواقعة غير المنصوصة حكماً معيناً ، ويرى البعض الاخر أنها تقتضى حكماً آخر . فإذا قلنا إن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض، فهذا مقصود شرعى ، عرف كونه مقصوداً بأدلة لا تنحصر من الكتاب والسنة . وهو أصل مقطوع به لا يجوز الخلاف فيه . ولكن تطبيق هذا المقصود على مسألة قتل الترس الشهيرة ، وتحقيق مناطها فيه ليس أمراً قطعياً، بل غاية مافيه أنه يفيد الظن، ولذلك يمكن أن يقع فيه الخلاف بين المجتهدين . وإذا قلنا إن الضرر الأدنى يرتكب لدفع الضرر الأعلى ، فهذا مقصود شرعى قامت عليه الأدلة ، فهو أصل مقطوع به فى الشرع ، ولكن تحقيق مناطه فى مسألة فرض الضريبة الزائدة إذا خلا بيت المال عن قدر مايفى بحاجات الجند ، من قبيل الظن لا القطع ، ولذلك قد يتصور فيه الخلاف . وإذا قلنا إن الشارع يقصد لحفظ النفوس وحقن الدماء فهذا أصل مقطوع به ، ولكن القول بأن هذا الأصل يقتضى القصاص من الشريك قول معناه الظن والاجتهاد ، ومن ثم وقع الخلاف فيه . وهكذا .

وإنما وقع الخلاف فى تحقيق مناط الأصل أو المقصود دون الأصل نفسه ، لأن الأصل قد ثبت بأدلة تفيد فى مجموعها القطع دون أن يعارض هذا الأصل الكلى أصل آخر ، فى حين أن الواقعة التى يراد تحقيق مناط الأصل فيها قد تكون مناطاً لأصل آخر ، أو بعبارة أخرى قد يظهر قصد الشارع فى إعطائها حكماً مخالفاً من نص معين . فقتل الترس المسلم لحفظ

أرواح الجماعة ، وإن كان فيه مصلحة عامة فى مقابلة مصلحة خاصة ، إلا أن قصد الشارع لعدم قتل المسلم الذى لم يذنب ذنباً ظاهر من نص جوهرى هو قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » وعندئذ يقال إن واقعة قتل الترس مناط لمصلحتين أو مقصودين ، وعلى المجتهد الترجيح .

واسمع معى إلى الغزالى يقرر هذه الحقيقة فيقول[1] : « فإذا : منشأ الخلاف فى مسألة الترس الترجيح ، إذ الشرع مارجح الكثير على القليل فى مسألة السفينة ، ورجح الكل على الجزء فى قطع اليد المتآكلة ، وهل يرجح الكلى على الجزئى فى مسألة الترس ؟ فيه خلاف . ولذلك يمكن إظهار هذه المصالح فى صيغة البرهان إذ تقول فى مسألة الترس : مخالفة مقصود الشارع حرام ، وفى الكف عن قتال الكفار مخالفة لمقصود الشارع . فإن قيل : لا ننكر أن مخالفة مقصود الشرع حرام ، ولكن لا نسلم أن هذه مخالفة . قلنا: قهر الكفار واستعلاء الإسلام مقصود ، وفى هذا استئصال الإسلام واستعلاء الكفر . فإن قيل : فالكف عن المسلم الذى لم يذنب مقصود ، وفى هذا مخالفة المقصود . قلنا : هذا مقصود ، وقد اضطررنا إلى مخالفة أحد المقصودين ، ولابد من الترجيح ، والجزئى محتقر بالإضافة إلى الكلى، وهذا جزئى بالإضافة، فلا يعارض بالكلى. فإن قيل: مسلم أن هذا جزئى، ولكن لا يسلم أن الجزئى محتقر بالإضافة إلى الكلى ، فاحتقار الشرع له يعرف بنص أو قياس على منصوص قلنا : قد عرفنا ذلك لا بنص واحد معين ، بل بتفاريق أحكام واقتران دلالات لم يبق معها شك فى أن حفظ خطة الإسلام ورقاب المسلمين أهم فى مقاصد الشرع من حفظ شخص معين فى ساعة أو نهار وسيعود عليه الكفار بالقتل ، فهذا مما لا يشك فيه ، كما أبحنا أكل مال الغير بالإكراه لعلمنا بأن المال حقير فى ميزان الشرع بالإضافة إلى الدم ، وعرف ذلك بأدلة كثيرة » .

---

(١) المستصفى ١ : ٣١٢ .

الأساس الثالث : ملاءمة المصلحة لتصرفات الشارع :

إذا تعارض فى نظر المجتهد مقصودان من مقاصد الشارع ، فإن الغزالى يرى أن على المجتهد أن يوازن بين المقصودين ، ويرجح أحدى المصلحتين، معتمداً على ما عرف من عادة الشرع وتصرفه . وقد يؤول هذا الترجيح إلى تقديم المصلحة التى شهدت لها النصوص غير المعينة ، على المصلحة التى شهد لها النص المعين ، كما مر فى مسألة الترس ، إذ تقديم المصلحة العامة أصل لم يشهد له نص معين ، وقد قدم على مصلحة عدم قتل مسلم برىء لم يذنب ذنباً ، وهو مصلحة شهد لها النص المعين .

والحق أن التعارض والترجيح أنما هو بين النصوص الكثيرة التى شهدت لمقصود تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وبين النص الذى شهد بالمنع من سفك دم مسلم بدون ذنب سافك ، فمآله الموازنة والترجيح بين النصوص الشاهدة للمصالح التى كانت النازلة مناطاً لها . وعلى هذا المعنى تحمل عبارات الغزالى فى تخصيص النص بالمصلحة . إذ مادامت المصلحة التى يقصدها الغزالى هى المصلحة التى ترجع إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع ، فالمخصص للنص الجزئى إذن هو الكتاب والسنة والإجماع التى دلت على هذا المقصود ، وليس مصلحة مجردة ، كما قد يفهم البعض عند الحديث عن علاقة المصلحة بالنصوص الشرعية .

فالغزالى يجرى الموازنة بين المقاصد المتعارضة معتمداً على قوانين يقطع المجتهد بأن الشارع سار فى تشريعه عليها ، وبنى الأحكام على وفقها ، ومن هذه القوانين أن المصلحة الكلية مقدمة على المصلحة الجزئية ، هذا القانون تصرف الشرع على وفقه ، وعرف ذلك باستقراء نصوصه ، وتتبع أحكامه ، فهو قانون مقطوع به ، لايجوز أن يكون مجالا للبحث ، ولا موضعاً للمناقشة ، لأنه أصل من أصول الشريعة التى يقضى به على الجزئيات ، ويستعان به فى

الاجتهاد ، فلا يجوز أن يتطرق إليه الشك ، وإلا دخل الشك أصول الشريعة ، وهو مما لايجوز .

ولقد طبق الغزالى هذا القانون على مسألة الترس الشهيرة ، فقال « قلنا قهر الكفار واستعلاء الإسلام مقصود . . . والكف عن المسلم الذى لم يذنب مقصود ، وقد اضطررنا إلى مخالفة أحد المقصودين ، ولابد من الترجيح ، والجزئى محتقر بالإضافة إلى الكلى ، وهذا جزئى بالإضافة فلا يعارض الكلى . . . عرفنا ذلك لا بنص واحد معين بل بتفاريق أحكام واقتران دلالات لم يبق معها شك »(١) .

فأنت ترى أن أمام المجتهد مقصودين : أحدهما ، الكف عن مسلم لم يذنب ، وهذا قد عرف من نص معين ، هو قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » ، والآخر : قهر الكفار واستعلاء الإسلام ، وقد عرف لا بأصل واحد ولا من نص معين ، بل من مجموع أدلة الشريعة ، وهذان المقصودان متعارضان فى نظر المجتهد وفى ظاهر الأمر ، وإن لم يكن بين مقاصد الشارع تعارض أو تخالف فى الحقيقة والواقع .

والغزالى يعرض هذا التخالف الظاهر على قانون راعاه الشارع فى أحكامه ، وجرى عليه فى تصرفاته ، هذا القانون هو أن المصلحة الكلية ، عند تعارضها مع المصلحة الجزئية ، أولى وأحق بالتقديم ، ولا يمنع الغزالى من تطبيق هذا القانون وإعمال تلك القاعدة ، أنه يترتب على هذا الإعمال وينتج من ذلك التطبيق تخصيص نص بمصلحة بل إنه يصرح بذلك فيقول « إنما نخصص العموم بصورة ليس فيها خطر كلى ، ذلك أن المخصص فى الحقيقة هو النصوص الكثيرة التى أخذت من استقراء أصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة »(٢) .

---

(١) المستصفى ج ١ ص ٣١٢ .

(٢) المستصفى ج ١ ص ٣٠٢ .

ولقد طبق الغزالى هذا القانون أيضاً على مسألة قتل الزنديق المتستر إذا تاب، حفظاً للدين، وصيانة للشريعة، وحماية للجماعة من سموم الزندقة وشرورها، وفى هذه الصورة، كالتى قبلها، لا يعترض على الغزالى بأن هذه المصلحة تعارض النص، كما يصرح به قوله «فهذا لو قضينا بهخاصله استعمال مصلحة فى تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد»(١)، لأن المخصص فى الواقع هو النصوص الكثيرة التى دلت على أن مقصود الشارع تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما سبق.

وطبق هذا القانون أيضاً على قتل نساء المشركين وأطفالهم إذا اتخذوا ترساً أمام جيش العدو فقال «ولا خلاف أنهم لو تترسوا بنسائهم وذراريهم قاتلناهم، وإن كان التحريم عاماً، ولكن نخصصه بغير هذه الصورة»(٢).

ومن القوانين الشرعية التى طبقها الغزالى لإزالة التعارض بين المقاصد قانون عبر عنه فى تلك العبارات قال: إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين»(٣).

وطبق الغزالى هذا القانون لمنع التعارض الظاهر بين قصد الشارع ألا يؤخذ من مال المسلم ضريبة لم ينص عليها، أو قدراً زائداً منها على ما وردت به النصوص، وقصده الى وجود إمام «ذى شوكة يحفظ نظام الأمور، ويقطع مادة الشرور»، ومده بالمال اللازم لحماية دماء الجماعة وأموالها.

وطبق هذا القانون على مسألة الضرب بالتهمة فقال «فإن قيل فالضرب

---

(١) المرجع السابق ج ١ ص ٢٩٨.

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٣.

(٣) المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٤.

بالتهمة ... مصلحة فهل تقولون بها ... قلنا ... لا نقول به ، لا لإبطال النظر إلى جنس المصلحة ، لكن لأن هذه مصلحة تعارضها أخرى ، وهى مصلحة المضروب»(١).

وطبق هذا القانون لإزالة التعارض الظاهر بين مصلحة زوجة المفقود فى فسخ النكاح منعاً لضرر العزوبة عنها ، وبين مصلحة الزوج فى الإبقاء على هذا النكاح فقال «فإن قيل سبب الفسخ دفع الضرر عنها ورعاية جانبها، فيعارضه أن رعاية جانبه أيضاً مهم ، ودفع الضرر عنه واجب، فقد تقابل الضرران ، فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض »(٢) .

ومن هذه القوانين ماعبر عنه الغزالى بقوله « ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعاً »(٣) فهو يرى إزالة الضرر فى كل واقعة تتضمن الضرر ، وذلك بشرع الحكم الذى يزيله ، ما لم يكن فى إزالة هذا الضرر ، فوات مصلحة أهم ، أو حدوث ضرر أكبر .

هذا هو مضمون النظرية ، أما تفصيلها فقد عرضت له فى المبحث التالى :

المبحث الثانى

الأطوار التى مرت بها النظرية

لقد عالج الغزالى موضوع المصلحة المرسلة فى كتبه الأصولية الثلاثة : المنخول ، وشفاء الغليل ، والمستصفى . وكانت طريقته فى عرض الموضوع تختلف من كتاب لآخر ، مما خيل معه لبعض الباحثين أن للغزالى فى كل واحد من هذه الكتب موقفاً من المصلحة يختلف عن الآخر ، وقرر بناء

---

(١) المستصفى جـ١ ص ٢٩٨ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٠٨ .
(٣) المرجع السابق ص ٣٠٧ .

على ذلك أن فى كلام الغزالى تناقضاً واضطراباً ، كان هو السبب فيما لحق بدراسة المصلحة من بعده من غموض وإبهام ، وتناقض واضطراب(١) .

---

(١) يقول صاحب رسالة ضوابط المصلحة بعد عرض مذهب الغزالى فى المصلحة كما يؤخذ من المستصفى هذه خلاصة كلامه (الغزالى) عن الاستصلاح فى المستصفى . وهو ينطوى على اضطراب نجمل بيانه فيما يلى : ثم أخذ يعدد مظاهر الاضطراب فى كلام الغزالى وأرجعها إلى ثلاثة : أولها : أنه لا معنى لحصر جواز الاستصلاح فيما كان داخلا فى الضروريات فقط ، مع قوله بأن المصلحة المرسلة داخلة ضمن مقاصد الشارع ، والباحث يرى أن الحاجيات والتحسينات داخلة ضمن هذه المقاصد أيضاً ، وسوف نرى أن لا اضطراب فيه ، وذلك لأمرين ، أولهما : أن الغزالى قد صرح بأن مالا يجرى مجرى الضرورى من الحاجيات والتحسينات يؤخذ به ، وثانيهما : لأن مالا يجرى هذا المجرى ليس فى مقاصد الشارع العامة مايدل على الحكم بمجرد المصلحة ، دون الاعتماد على الأصل المعين. فتطبيق مقاصد الشارع يفيد عدم الحكم بمجرد مصلحة تحسينية ، لا تجرى مجرى الضرورى ، وثانيها : يدل كلام الغزالى على أنه لا يرى مانعاً من أن تكون المصلحة المرسلة ضرورية قطعية كلية ، ومع ذلك فإن هذه الأوصاف لا تخرجها عن الإرسال . وهذا تناقض فى نظر الباحث ، لأنه لا يرى أن المصلحة التى يشهد لها أصل كلى لم يثر بشأنها أى جدل أو نقاش ، وإنما هذا الجدل والنقاش قد ثار حول المصلحة التى لا يشهد لها أصل جزئى ولا كلى. ويقول فلابد أن تكون المصلحة المرسلة منحلة على معنى آخر ، غير معنى المصالح الداخلة من قريب فى القواعد المتفق عليها ، كيف وأن مثل ذلك لا يمكن أن يبقى مرسلا ، بل هو مدلول عليه بأخص من مطلق المقاصد العامة للشارع ومطلق الملاءمة مع طبيعة أحكامه ، ونحن لا نرى أى اضطراب فى أن يحدد الغزالى المصلحة التى يحتج بها بأنها الداخلة تحت أصل شهدت له النصوص الشرعية ، ثم يسمى هذه المصلحة بالمصلحة المرسلة ، ولا يفيد ، أن يكون غيره قد أطلق المصلحة المرسلة على المصالح التى تتفق مع المقاصد العامة دون الملائمة لأصل اعتبره الشارع بنصوص شرعية ، ثم من أين له أن المصلحة التى لا تدخل تحت جنس قريب شهدت له النصوص فى الجملة هى التى ثار النقاش والجدل حولها ، يأخذ بها البعض ويرفضها البعض ؟ مع أن الغزالى يسمى هذه المصلحة بالغريبة ويحكى الاتفاق على ردها . وهى مصلحة توافرت بالنسبة لها الشهادة العامة ، ومطلق الملاءمة مع مقاصد الشارع العامة ، أو بعبارة أخرى هى التى تعتمد على الوصف المناسب الذى لم تتوافر فيه الملاءمة لمقاصد الشارع . وقد عبر عنه الغزالى فى المستصفى بقوله ، ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائلين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، وقد رأينا من خلال دراستنا السابقة ما يؤكد كلام الغزالى ؛ وأن المالكية إنما يحتجون بالمصالح الملائمة دون الغريبة . وثالثها : أن مثال القوس ليس داخلا فى المصالح المرسلة ، فاعتباره والحكم به ليس من قبيل الاستصلاح . والباحث يعد هذا تناقضاً فى كلام الغزالى ، وأنا لا أدرى ما وجه التناقض فى أن يمثل الغزالى للمصلحة التى حددها ، بالمثال الذى يعجبه ؟ =

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن اختلاف الطريقة التى قدم بها الغزالى نظريته فى المصلحة المرسلة ، جعل كتاب الأصول ، قديماً وحديثاً يختلفون فى تفسير هذه النظرية. فبينما يرى البعض أن الشروط التى شرطها الغزالى فى اعتبار المصالح حجة تعنى رفضه الأخذ بها ، لأن هذه الشروط ، فى نظر هذا الباحث يستحيل تحققها فى العادة(١) . يرى البعض الآخر أن الغزالى لم يشترط هذه الشروط فى اعتبار المصلحة حجة ، وإنما فى اعتبارها حجة قطعية(٢) .

= فإذا كان مثال القوس غير داخل فى المصالح المرسلة فى نظر الباحث فما وجه التناقض إذا كان داخلا فيها من وجهة نظر الغزالى .

ثم يقول الباحث بعد بيان أوجه الاضطراب فى كلام الغزالى فى نظره - وإذا علمت أن رأى الإمام الغزالى فى الاستصلاح لقى صدى كبيراً فى كتب الأصول .. علمت أن ماذكرناه من الاضطراب فى كلامه ينعكس على ما جاء فى كثير من كتب الأصول الأخرى ، رسالة ضوابط المصلحة ٢٩١ ،

(١) راجع إرشاد الفحول للشوكانى ص ٢٤٣ فقد نقل عن ابن المنير أنه رأى أن شرط الكلية ، والقطعية ، والضرورية فى جواز الاحتجاج بالمصلحة المرسلة يعنى رد الاستدلال بها يقول الشوكانى ، وأما ابن المنير فقال هو عند الغزالى شرط الكلية والقطعية والضرورة احتكام من قائله ، ثم هو تصوير بما لا يمكن عادة ولا شرعاً . أما عادة فلان القطع فى الحوادث المستقبلة لاسبيل إليه إذ هو عبث وعناد ، أما شرعاً فلأن الصادق المعصوم قد أخبرنا بأن الأمة لايتسلط عدوها عليها ليستأصل شأفتها . قال : وحاصل كلام الغزالى رد الاستدلال بها لتضييقه فى قبولها باشتراط مالا يتصور وجوده ؛ وراجع أيضا التقرير والتحبير ٣ : ١٥١ حيث يقول أمير الحاج : وتحقيق هذه الشروط فى غاية الندرة ، بل يمتنع ، لأن الاطلاع عليها إنما يكون بغالب الرأى ، لأنه أمر مغيب عنا ، لا باليقين ، فلا يجوز بناء الحكم عليه .

(٢) انظر فى هذا صاحب جمع الجوامع يقول : وليس منه أى من المناسب المرسل مصلحة ضرورية كلية قطعية ، واشترطها الغزالى للقطع بالقول به ، لا لأصل القول به ؛ قال : والظن الغريب من القطع كالقطع ؛ وقد علق البنانى على كلام السبكى قائلا : قلت الذى يفهم من صنيع المصنف . بل تكاد أن تصرح عبارته به ، أن الغزالى قائل بالمرسل إذ لم تكن المصلحة بالصفات المذكورة ؛ إذ لو كان مذهب الغزالى أنه لا يقول بالمرسل إلا إذا كانت المصلحة بتلك الصفات لكان سياق الحكاية عنه أن يقول ، وقبله الغزالى أن كانت المصلحة ضرورية إلخ ... جمع الجوامع وحاشية البنانى عليه ٢ ، ٢٨٤ .

والحق أنه ليس فى كلام الغزالى عن المصلحة أى تناقض أو غموض أو اضطراب ،كما يزعم البعض ، وإنما الغموض والاضطراب ، فى فهم كلام هذا الإمام الجليل . فسوف نرى من دراسة ما كتبه الغزالى عن المصلحة فى كتبه الثلاثة ، أنه رضى الله عنه سار على نسق واضح، ولم يتناقض فى موقفه من المصلحة ، بل كان يصدر عن فكرة واحدة آمن بها ، ووضحت فى ذهنه ، فعبر عنها بطرق مختلفة وعرضها فى صور عديدة فظن بعض الكاتبين ما ظن . أما عن اختلاف الكتاب فى فهم النظرية فليس منشؤه الغموض والتناقض فى عبارات الغزالى ، وإنما الاختلاف فى فهم وتفسير هذه العبارات .

ولذلك رأيت أنه لا بد فى دراسة هذه النظرية ، من عرض ما كتبه الغزالى خاصاً بالمصلحة المرسلة من حيث تحديدها ، وشروط العمل بها ، وعلاقتها بالنصوص الشرعية ، فى كل كتاب من كتبه الأصولية الثلاثة ، حتى يتبين للقارىء تماسك النظرية وتناسقها ، وبعدها عن التناقض والاضطراب الذى رميت به ، ويؤمن معى أن الغزالى رضى الله عنه ، وهو يعرض هذه النظرية فى صور مختلفة لم يكن يعنى إلا الوصول إلى غاية واحدة .

وقد قسمت هذا المبحث إلى فرعين : عرضت فى أولهما ما كتبه الغزالى عن الاستدلال المرسل فى كل واحد من كتبه الثلاثة . وخصصت ثانيهما لعرض نتائج هذه الدراسة .

الفرعُ الأوّل

عرض ما كتبه الغزالى عن المصلحة فى كتبه الثلاثة

وهذا الفرع ينقسم إلى مطالب ثلاثة ، أعرض فى كل واحد منها ما كتبه الغزالى عن الاستدلال المرسل فى أحد هذه الكتب .

المطلب الأول

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من المنخول

فقد فرق الغزالى فى المنخول بين نوعين من الاستدلال ، أطلق على أحدهما عبارة « الاستدلال المرسل » ، وعلى الثانى عبارة « الاستدلال الصحيح » وقرر أن الاستدلال المرسل غير واقع فى الشرع حتى يحكم عليه بالقبول أو الرد . وهو يعنى بالاستدلال المرسل ، كما سنرى ، المصلحة التى لا يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار دليل مطلقاً ، وهى التى عبر عنها بعد ذلك فى كتابيه : شفاء الغليل والمستصفى بالمصلحة الغريبة ، والتى مثل لها بمثال فرضى هو حرمان القاتل من الميراث معاملة له بنقيض مقصوده ، بتقدير أن الشرع لم يرد به . ولقد أقام الأدلة على أن هذا النوع من المصالح غير واقع فى الشرع وأما ما أسماه « الاستدلال الصحيح » فقد كتب عنه فصلا قصيراً فى المنخول ، كاشفاً عن مضمونه وضابطه ، والفرق بين مذهبه ومذهب مالك فيما يختص بهذا النوع من الاستدلال : وإليك ما قرره الغزالى فى شأن كل واحد من هذين النوعين .

أولا — الاستدلال المرسل

يقرر الغزالى أن المصلحة التى لا يشهد لها أصل فى الشرع غير واقعة ولا يمكن تصورها . ذلك أن كل ما يظن مصلحة يشرع حكم لتحقيقها لا بد

أن يكون لها فى الشرع شاهد إما بالإلغاء وإما بالاعتبار ، وسواء أكان هذا الشاهد هو الأصل المعين والنص الخاص ، أم كان معنى مأخوذاً من عدة أصول وجملة أدلة .

ففى باب العبادات ، جاءت النصوص الخاصة بشرع بعض العبادات ، فما جاء به النص ، أو كان فى معنى النص بحيث يمكن القياس عليه ، اتبع ، وإذا لم يوجد النص فان المكلف لا يجوز له أن يخترع عبادة أو يبتدع طاعة ؛ لأن ذلك لا يعرف إلا من جهة الشرع ولا يؤخذ إلا من أدلته .

وأما فى باب العادات فان الغزالى يعتصم بجملة قواعد يرى أن الشرع أقرها بنصوص وأدلة كثيرة وإن لم تكن معينة ، فالعرف يحكم فى معانى الألفاظ ، فى النكاح وصيغ المعاملات والعتق وغيرها ، والشارع قد أحالنا إلى العرف فى ذلك ، بأدلة كثيرة فما ليس من الألفاظ فان الغزالى يقسمه قسمين : قسم ينضبط بنفسه ، وقسم ينضبط بغيره ، النجاسات منضبطة بنفسها ، وذلك لأن النصوص بينت النجاسات أما مالم ينص عليه ، وإن لم يكن منضبطاً بنفسه ، فهو منضبط بواسطة ما نص عليه ، وبذلك يصل الغزالى إلى أن كل مالم ينص على نجاسته فهو طاهر . وأما الأفعال فقد نص الشارع على المحظور منها ، وهو منضبط بنفسه ، فما لم يرد به نص بحظره فهو على الإباحة ، وبذلك تكون الإباحات منضبطة بغيرها ، وطرق انتقال الملكية منضبطة فى نفسها بالنصوص ، فينضبط بها غيرها ، فما لم يرد به النص على أنه طريق لتلقى الملك فهو غير جائز ، والإيذاء محرم من غير ضبط ، وينضبط بضبط ما استثنى الشرع فى مقابلته ، ويكون كل إيذاء محرم ممنوع إلا ما نص عليه الشارع .

وإليك عبارة الغزالى فى بيان هذا كما وردت فى المنخول : « المختار عندنا والصحيح أن الاستدلال المرسل فى الشرع لا يتصور حتى نتكلم فيه بنفى

أو إثبات، إذ الوقائع لا حصر لها ، وكذا المصالح وما من مسألة تعرض إلا وفى الشرع دليل عليها إما بالقبول أو بالرد ، فإنا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله » (١).

ويقول « كل مصلحة تتخيل فى كل واقعة محتوشة بالأصول المتعارضة لابد وأن تشهد الأصول لردها أو قبولها ، فأما تقدير جريانها مهملا وغفلا لا تلاحظ أصلا بحال تخيله »(٢) .

ويستدل الغزالى على أن وجود المصلحة المرسلة ، بهذا المعنى ، فى الشرع غير واقع بأن الشريعة قد كملت والدين قد تم ، ولم ينقطع الوحى إلا بعد هذا الكمال والتمام فيقول . « فإنا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله تعالى ، فإن الدين قد كمل ، وانقطع الوحى ، ولم يكن ذلك إلا بعد كمال الدين »(٣) .

ويخرج الغزالى من هذا كله إلى أن كل مصلحة تقدر لابد أن يكون هناك أصل يقضى بقبولها أو بردها ، سواء كان هذا الأصل نصاً معيناً ، أو قاعدة عامة أخذت من استقراء جملة نصوص ومجموعة أدلة .

ثانيا — الاستدلال الصحيح

لم يحاول الغزالى فى المنخول أن يقسم المصلحة من حيث شهادة الشرع لاعتبارها ، ولا من حيث قوتها فى ذاتها ، ولا من حيث عمومها كما فعل فى كتابه شفاء الغليل مكتفياً بوضع ضابط لما يجوز الاعتماد عليه من المصالح ، منبهاً إلى أن أقسام المصالح لا تنضبط ولا يمكن وضع حد لها . وإليك هذا الضابط الذى عقد الغزالى له الفصل الثالث من باب القياس يقول :

---

(١) المنخول ورقة ٧٤ .

(٢) المنخول ورقة ٨٠ .

(٣) المرجع السابق ورقة ٧٩ .

« كل معنى مناسب للحكم ، مطرد فى أحكام الشرع ، لايرده أصل مقطوع به مقدم عليه ، من كتاب أو سنة أو إجماع ، فهو مقول به ، وإن لم يشهد له أصل معين »[1] .

ويقول فى بيان عدم إمكان تقسيم المعنى المناسب ، ثم أقسامه لا ضبط لها ، فإنه لايحويه عد ، ولا يضبطه حد ، فقد يتفق معنى مرسل يفيد أمراً كلياً على إجمال ، وقد يفيد حكماً جزئياً فى صورة خاصة ، وقد يفهم من قصد الشارع كقوله لا نكاح إلا بولى وشهود وتفهم العدالة لأن مقصوده الاثبات »[2] .

ثم يقارن الغزالى بين الاستدلال الذى يراه حجة ، طبقاً للضابط الذى وضعه وبين مذهب مالك فى المصلحة فيقول : « فإن قيل : فما الفرق بين مذهبكم ومذهب مالك حيث انتهى الأمر به فى اتباع المصالح إلى القتل فى النفوس ، والضرب لمجرد التهم، وقتل ثلث الأمة لإصلاح ثلثيها ، ومصادرة الأغنياء عند المصلحة ؟ . وما الذى منعكم من اتباعها والحاجة قد تمس إلى التقرير بالتهمة ، فإن الأموال محقونة والسارق لايقر ، وإثباته بالبينة عسر ، ولا وجه لإظهارها إلا بالضرب ، وهذه مصلحة ظاهرة إلى غير ذلك ؟ . قلنا الفرق بيننا أننا ننبهنا إلى أصل عظيم لم يكترث مالك به ، وهو أنا قدمنا إجماع الصحابة على قضية المصلحة . وكل مصلحة يعلم على القطع وقوعها فى زمن الصحابة ، وامتناعهم عن القضاء بموجبها فهى متروكة . ونعلم على القطع أن الأمصار لاتنفك عن السرقة ، وكان ذلك يكثر فى زمن الصحابة ، ولم يعزروا بالتهمة ، ولم يقطعوا قط لساناً فى هذر ، مع كثرة الهذران ، ولا صادروا غنياً مع كثرة الأغنياء ومسيس الحاجات . وكل ما امتنعوا عنه نمتنع عنه . ومالك لم يتنبه لهذا الأصل » .

---

(١) المنخول ورقة ٨١ .

(٢) المرجع السابق ورقة ٨١ .

« فإن قيل : لو حدثت واقعة لم يعهد مثلها فى عصر الأولين ، وسنحت مصلحة لا يردها أصل ، ولكنها حديثة فهل تتبعونها ؟ قلنا : نعم . ولذلك نقول : لو فرضنا انقلاب أموال العالمين بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة ، واشتباه النصوب بغيرها ، وعسر الوصول إلى الحلال المحض وقد وقع فما بالنا نقدر ونبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال لأن تحريم التناول يفضى إلى القتل . . . وتخصصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن معاملاتهم . . . فكذلك نقول فى المستظهر بشوكته المستولى على الناس المطاع فيما بينهم ، وقد شغر الزمان عن مستجمع لشرائط الإمامة ينفذ أمره ، لأن ذلك يحدث فساداً عظيما لو لم نقل به »(١) .

ويمكن للباحث ، بعد دراسته لما كتبه الغزالى عن المصلحة المرسلة فى المنخول أن يقرر النتائج الآتية :

١ — لم يتعرض الغزالى لتقسيمات المصلحة ، كما فعل فى بقية كتبه بعد ذلك ، فلم يقسم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره ، ولا من حيث قوتها فى ذاتها ، ولا من حيث عمومها وشمولها . منبهاً إلى أن أقسام المصالح لا يحصرها حد ، ولا يحصيها عد .

٢ — أن الغزالى لم يشر إلى شرط الكلية والقطعية والضرورية فى المصلحة المرسلة . وسنرى أن جمهور الكتاب الذين جاءوا بعد الغزالى يؤكدون أهمية هذا الشرط فى اعتبار المصلحة المرسلة حجة عند الغزالى .

٣ — الضابط الذى وضعه لاعتبار المصلحة حجة فى التشريع يتكون من عناصر ثلاثة : أولها ، أن تكون المصلحة مناسبة ، ويعنى بذلك دخولها تحت المقاصد الشرعية العامة ، من حفظ الأصول الخمسة الكلية : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل والمال . وثانيها ، ألا يرد المصلحة أصل مقطوع

(١) المنخول ورقة ٨١ — ٨٢ .

به من نص أو إجماع . وثالثها . أن تكون مصلحة حديثة ، بمعنى أنه لم يقع مثلها فى زمن الصحابة من غير أن يشرعوا حكماً على وفقها .

٤ — أكد أن الفارق بين الضابط الذى اهتدى إليه فى ضبط المصالح الشرعية ، والضابط الذى ارتضاه مالك رضى الله عنه ، ينحصر فى العنصر الأخير . ومعنى هذا أن المصالح التى يقول بها مالك هى مصالح مناسبة ، لايردها أصل شرعى مقطوع به ، شأنه فى ذلك شأن الغزالى ، ويفترق مالك عن الغزالى فى أن الأول يأخذ بمصالح كانت تقتضى شرع حكم يحققها فى زمن الصحابة ، ومع ذلك لم يفعلوا . ويرى الغزالى أن عدم شرع حكم يحقق هذه المصالح إجماع من الصحابة على عدم جواز شرع مثل هذا الحكم فيما بعد . وهذا نوع غريب من الإجماع فى نظرنا فإن الإجماع المشهور إما اتفاق من المجتهدين ، وإما قول من البعض وسكوت من البعض الآخر . أما سكوت المجتهدين عن شرع الحكم ، فلا نرى تسميته إجماعاً على عدم جواز هذا الحكم ، وإسباغ حجية الإجماع عليه ، وإلا لامتنع على المجتهدين فى كل عصر أن يبحثوا حكم الوقائع التى سكت عنها المجتهدون فى العصر السابق ، بدعوى أن الحاجة كانت ماسة إلى إعطاء هذه الوقائع حكماً شرعياً ، ولم يشرعه أهل العصر الأول .

وأما عن قول الغزالى أن مالكا أفتى بمصادرة الأغنياء ، فلا أدرى من أى مصدر أخذ الغزالى هذه الفتوى ، ولقد رأينا شيوخ المالكية ، وعلى رأسهم الشاطبى ينفون هذه الفتوى عن مالك ، ويقررون أن صورة العقوبة المالية التى يجيزها مالك تتمثل فى مصادرة المال الذى ارتكبت به أو بسببه المعصية أو الجريمة ، وهو مايعبر عنه فى القانون الجنائى الحديث بمصادرة الأشياء والأدوات التى استعملها الجانى فى ارتكاب الجريمة .

وأما قوله أن المصلحة كانت تقتضى الضرب بالتهم فى زمن الصحابة ،

ومع ذلك فلم يضربوا بتهمة ، فكان ذلك منهم إجماعاً على عدم جواز الضرب بالتهم ، فنحن لا نوافقه عليه ، ذلك أن سلطان الدين كان قوياً على قلوب المسلمين ، فلا يحلف المتهم كذباً إذا اتهم بالسرقة ولم تقم عليه البينة وطلب منه اليمين ، وكان وازع الدين يدفع شهود السرقة إلى التقدم بالشهادة دون خوف من السارق . وأخيراً فان السرقات لم تبلغ فى عصر الصحابة من الكثرة ما بلغته فى زمن مالك . من أجل ذلك كله لا يمكن القول أن المصلحة كانت توجب التعزير بالتهم فى عصر الصحابة ، بنفس الدرجة التى كانت توجبه فى زمن مالك أو اليوم .

هذا كله على فرض أنه قد ثبت عن مالك الفتوى بجواز الضرب بالتهم ، وقد بينا سابقاً أن نسبة هذه الفتوى إلى مالك غير صحيحة ، ولكن إذا صحت هذه النسبة لم يكن مالك مخالفاً بها إجماع الصحابة ، لأن ظروف الفتوى مختلفة .

٥ — طبق الغزالى الضابط الذى وضعه لجواز العمل بالمصلحة المرسلة على فرعين : أولهما ، جواز تناول ما فوق الحاجة إذا انقلبت أموال العالمين بجملتها محرمة وثانيهما ، نفاذ ولاية الإمام المستظهر بشوكته المستولى على الناس ، المطاع فيما بينهم ، ولو لم يستجمع شروط الإمامة . ومعنى هذا أن المصلحة فى هذين الفرعين مصلحة مناسبة ، لا يردها أصل شرعى مقطوع به ، وهى مصلحة حادثة لم يقطع بوقوعها فى زمن الصحابة . وسوف نرى أن الغزالى قد أكثر من التمثيل للمصلحة المرسلة بعد ذلك فى شفاء الغليل ، ولم يعرض لشرط حداثة المصلحة الذى أولاه كل عنايته فى المنخول . وذكر ضوابط وتقسيمات وشروطاً أخرى لجواز اتباع المصالح .

المطلب الثانى

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من شفاء الغليل

ولقد تكلم الغزالى فى كتابه شفاء الغليل على المصلحة المرسلة بتفصيل أوفى ، وبشكل أوسع ، وذكر كثيراً من المسائل التى يمكن تطبيق هذه النظرية عليها ، مناقشاً الإمام مالكا رضى الله عنه ، فى بعض ما يأخذ به من المصالح ، وأداء بعضها ، قابلا البعض الآخر . وإليك موجزاً لما كتبه الغزالى فى هذا الكتاب .

أولا ــ تعريف الاستدلال المرسل

بدأ الغزالى الكلام فى الاستدلال المرسل بتعريفه فقال: « الاستدلال المرسل يعنى به الاعتماد على المعنى المناسب المصلحى يظهر فى الفرع من غير استشهاد بأصل معين » .

وأول مايلاحظ على هذا التعريف أنه يستعمل عبارة الاستدلال المرسل هنا بمعنى أعم من المصلحة الملائمة أو الغريبة ، أو الملغاة ، إذ الذى يتوافر فى هذا الاستدلال المناسبة العامة التى تظهر فى الفرع ، وعدم ذكر الأصل المعين ، ومن المعلوم أن هذه المناسبة قد تلغى بنص معين ، وقد تكون مناسبتها مناسبة غريبة ، وقد تكون مع مطلق المناسبة ملائمة لجنس تصرفات الشرع . وعلى هذا يكون الغزالى قد استعمل عبارة الاستدلال المرسل هنا بمعنى مغاير لما استعمله فيها فى كتابه : المنخول والمستصفى فقد رأينا أنه كان يعنى به فى المنخول المصلحة التى سكتت شواهد الشرع عنها ، فلا يردها ولا يقبلها أصل شرعى . وسنرى أنه يقصد بها فى المستصفى المصلحة الملائمة التى ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع .

ثانياً - تقسيمات المصلحة

ولهذا فإن الغزالى احتاج إلى تقسيم المصلحة المرسلة تقسيمات عدة ، فقسمها من حيث قوة المصلحة فى ذاتها ، ومن حيث عمومها ، ومن حيث اعتبار الشارع لها ، مبيناً الشرط الضرورى فى الاستدلال بالمصلحة المرسلة. وإليك هذه التقسيمات على وجه الإجمال .

١ - أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع :

قسم الغزالى المصلحة المرسلة من حيث اعتبار الشارع إلى مصلحة ملائمة ، ومصلحة ملغاة ،(١) . ومصلحة غريبة فقال ونقسمها نوعا آخر من التقسيم فنقول : هى تنقسم إلى مايلغى فى الشرع ملاحظة جنسها فهو المعتبر ، وإلى مايصادم فى محل نص للشرع ، فيتضمن اتباعه تغيير الشرع فهو باطل عندنا ، وإلى ماسكتت عنه شواهد الشرع ونصوصه ، فلا يناقضه نص ، ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التى يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لاعهد لمثله فى الشرع ، هذا هو وجه انقسامها من حيث شواهد الشرع ».

والذى يؤخذ من هذا التقسيم أن المصلحة المرسلة لاتقبل عند الغزالى إلا إذا كانت ملائمة لتصرفات الشرع ، وعرفت هذه الملاءمة من نصوصه ، أما المصلحة المناقضة لنص شرعى ، والمسكوت عنها ، فهما باطلتان فى نظره ومن هذا نظفر بأول شرط يشترطه الغزالى فى العمل بالمصلحة المرسلة ، وهو الملاءمة لجنس تصرفات الشرع .

٢ - تقسيم المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها :

قسم الغزالى المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها فقال(٢) : « وقد رتبنا

---

(١) شفاء الغليل ١٨٢ .

(٢) شفاء الغليل ١٨٢ .

المناسبات على ثلاث مراتب ، وذكرنا أن منها مايقع فى رتبة الضرورات ، ومنها مايقع فى رتبة الحاجات ، ومنها مايقع فى رتبة التحسينات . . فالواقع منها فى هذه الرتبة الأخيرة لايجوز الاستمساك بها ، مالم تعتضد بشهادة أصل معين ورد فى الشرع الحكم فيه على وفق المناسبة . أما الواقع فى رتبة الضرورات أو الحاجات . . . فالذى نراه فيها أنه يجوز الاستمساك بها إن كان ملائماً لتصرفات الشرع ، ولا يجوز الاستمساك بها إن كان غريباً لايلائم القواعد » .

فنى هذا التقسيم دلالة على أن المصلحة المرسلة إنما يؤخذ بها عند الغزالى إذا كانت واقعة فى رتبة الضرورات أو الحاجات ، بخلاف ما إذا كانت من المصالح التحسينية وأن الملاءمة لقواعد الشرع شرط لازم فى الاحتجاج بهذه المصالح الضرورية والحاجية .

ومن هنا أمكن القول بأن الغزالى رتب أهمية كبيرة على هذا التقسيم ، حيث أخرج المصالح التحسينية من نطاق المصالح التى يحتج بها مالم تعتضد بشهادة أصل معين يشهد لعين المصلحة ، حتى يكون العمل بهذه المصالح من باب القياس على الأصل الذى يشترك الفرع معه فى عين العلة ، وينتقل منه إلى الفرع نوع الحكم ، لا حكم عن جنسه .

٣ ــ أقسام المصلحة من حيث عمومها وخصوصها :

قسم الغزالى المصلحة من حيث العموم والشمول إلى أقسام ثلاثة فقال(١) : « وتنقسم قسمة أخرى بالإضافة إلى مراتبها فى الوضوح والخفاء منها ما يتعلق بمصلحة عامة فى حق الخلق كافة ، ومنها مايتعلق بمصلحة الأغلب ، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين ، فى واقعة نادرة ، وتتفاوت هذه المراتب

---

(١) شفاء الغليل : ١٨٤ .

فى الظهور ، وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصدم نصاً ، ولا يتعرض له بالتغيير » .

فأنت تراه ، فى هذا التقسيم ، لا يعلق أهمية خاصة على ما إذا كانت المصلحة عامة ، لكافة الخلق أو خاصة بالأغلب من الناس أو خاصة بفرد معين أو بعبارة أخرى ، ليس الغرض من هذا التقسيم اشتراط العموم أو الأغلب فى المصلحة أو لإخراج المصلحة الخاصة من نطاق المصالح التى يحتج بها ، بل إنه يصرح بذلك فيقول : « وكل ذلك حجة » . والشرط الوحيد الذى يهمه ألا تكون هذه المصلحة غريبة ،ولامصادمة لنص شرعى، أو بعبارة أخرى يشترط فى المصلحة الملاءمة لجنس تصرفات الشرع .

وعلى هذا يمكن القول بأن المصلحة الخاصة بشخص معين ، فى حالة نادرة ، عند الغزالى ، حجة ، مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، غير مناقضة لنصوصه .

والذى يجب التنبيه إليه هو أن معرفة ما إذا كانت المصلحة عامة أو خاصة مسألة فى غاية الأهمية ، إذ يتوقف كون المصلحة ملائمة أو غير ملائمة على درجة المصلحة فى العموم والشمول ، كما سنرى فيما بعد .

ثالثاً : خلاصة رأى الغزالى فى المصلحة كما يؤخذ من شفاء الغليل :
والذى يمكن أن يخرج به الباحث من كتابة الغزالى فى الاستدلال المرسل فى كتابه شفاء الغليل أمور :

١ — أن شرط العمل بالمصلحة المرسلة عنده ، هو الملاءمة ، وعدم مصادمة النص المعين . وأن المصلحة الغريبة المسكوت عنها فى الشرع ، والملغاة التى تصادم فى محل نصاً ، لا يعمل بها .

٢ — أن المصالح الضرورية والحاجية هى التى يحتج بها بمجردها ، وأما المصلحة التحسينية ، فلابد فيها من الأصل المعين ، وبعبارة أخصر ، يشترط

فى الاستدلال المرسل أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية لا تحسينية .

٣ – أنه لم يتعرض لشرط القطعية فى المصلحة التى يرى جواز الاحتجاج بها . بل ولم يشر إلى هذا الشرط ، ولم يكن ميزاناً يزن به المصالح التى يقبلها أو يردها عندما ناقض المالكية فى المصالح التى يقولون بها.

٤ – أن المصالح الخاصة بفرد معين ، فى حالة نادرة يؤخذ بها إذا توافر بالنسبة لها شرط الملاءمة ، والضرورة أو الحاجة وعدم مناقضة النص المعين .

المطلب الثالث

المصلحة المرسلة كما تؤخذ من المستصفى

بدأ الغزالى فى كتابه « المستصفى » بذكر تقسيمات للمصلحة ، ومن خلال هذه التقسيمات استطاع أن يحدد الشروط التى تلزم عنده للقول بالمصلحة . ونحن نذكر تلك التقسيمات ثم نستخلص منها هذه الشروط فنقول :

أولا – تقسيمات المصلحة

١ – أقسام المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع :

قسم الغزالى المصلحة من هذه الجهة فقال(١) : « المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام : قسم شهد الشرع لاعتبارها ، وقسم شهد لبطلانها ، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لاعتبارها . أما ما شهد الشرع لاعتبارها ، فهى حجة ويرجع حاصلها إلى القياس ، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ... ومثاله حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرم قياساً على الخمر لأنها حرمت لحفظ العقل الذى هو مناط

---

(١) المستصفى ١ : ٢٨٤ .

التكليف ، فتحريم الشرع دليل على ملاحظة هذه المصلحة .

[القسم الثانى ماشهد الشرع لبطلانها . مثاله قول بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع فى نهار رمضان عليك صوم شهرين متتابعين فلما أنكر عليه حيث لم يأمره باعتاق رقبة مع اتساع ماله ، قال : لو أمرته بذلك لسهل عليه ، واستحقر إعتاق رقبة فى جنب قضاء شهوته ، فكانت المصلحة فى إيجاب الصوم لينزجر به . فهذا قول باطل ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة ، وفتح هذا الباب يؤدى إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها ، بسبب تغير الأحوال] .

القسم الثالث : مالم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين . وهذا فى محل النظر فلنقدم على تفصيله بتقسيم آخر ، ثم ذكر تقسيم المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها .

فالذى يؤخذ من هذا التقسيم هو التفرقة بين أنواع ثلاثة مما يتخيل العقل أنه مصلحة يشرع حكم لتحقيقها ، النوع الأول : مصلحة شهد النص المعين لعينها ، وهى داخلة فى باب القياس ، وهو المصلحة المعتبرة . النوع الثانى : مصلحة شهد النص المعين لإلغائها وهذه هى المصلحة الملغاة بنص معين . والقسم الثالث ، هو المصلحة المرسلة أى التى لم يشهد نص معين باعتبارها فتكون قياساً ، ولا بإلغائها ، فتكون مصلحة ملغاة . وعلى الجملة ، فإن الغرض من هذا التقسيم هو التفرقة بين المصلحة المرسلة والقياس من ناحية ، وبينها وبين المصلحة الملغاة من ناحية أخرى . فالقياس مصلحة شهد النص المعين باعتبارها ، والمصلحة الملغاة ، شهد النص المعين لإلغائها ، وأما المصلحة المرسلة فهى مالم يرد فيها نص معين لا بالاعتبار ولا بالإلغاء . ونخرج من هذا التقسيم بالشرط الأول فى المصلحة المرسلة وهو ألا يشهد لها من الشرع نص معين لا بالإلغاء ولا بالاعتبار .

٢ — أقسام المصلحة باعتبار قوتها فى ذاتها :

المصلحة التى تنقسم هذا الانقسام هى المصلحة المرسلة ، لا المعتبرة

بنص معين ، وهى الداخلة فى باب القياس ، ولا الملغاة التى شهد النص بإلغاء عينها . وذلك يظهر من ذكر الغزالى لأقسام المصلحة من حيث الاعتبار ، وقوله بعد ذكر القسم الثالث الذى لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالإلغاء نص معين : « وهذا فى محل النظر فلنقدم على تقسيمه تقسيماً آخر وهو أن المصلحة باعتبار قوتها فى ذاتها ... الخ » فهذا يفيد أن تقسيم المصلحة باعتبار قوتها إنما هو للمصلحة التى لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين . وهذا واضح فى نفسه ، فإنه لا يقال مصلحة ملغاة ضرورية ، ولا يقال قياس حاجى أو ضرورى .

وفى هذا التقسيم يقول الغزالى[1] : « المصلحة باعتبار قوتها فى ذاتها تنقسم إلى ما هى فى رتبة الضرورات ، وإلى ما هى فى رتبة الحاجات ، وإلى مايتعلق بالتحسينات والتزيينات وتتقاعد أيضاً عن رتبة الحاجات ، ويتعلق بإذيال كل قسم من الأقسام ما يجرى منها مجرى التكملة والتتمية ولنفهم أولا معنى المصلحة ثم أمثلة مراتبها .[أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم ، ولكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم . فكل مايتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة ، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا الجنس وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعى إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم ، وقضاؤه بإيجاب القصاص ، إذ به حفظ النفوس ، وإيجاب حد الشرب ، إذ

---

(١) المستصفى ١ : ٢٨٦ .

به حفظ العقول التى هى ملاك التكليف ، وإيجاب حد الزنا ، إذ به حفظ النسل والأنساب ، وإيجاب زجر الغصاب والسراق ، إذ به حفظ الأموال التى هى معاش الخلق وهم مضطرون إليها ... والرتبة الثانية ما يقع فى رتبة الحاجات من المصالح والمناسبات كتسليط الولى على تزويج الصغير والصغيرة ، فذلك لا ضرورة إليه ، لكنه محتاج إليه فى إقتناء الصالح وتقييد الأكفاء خيفة من الفوات ، واستغناماً للصلاح المنتظر فى المآل ... الرتبة الثالثة مالا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة ، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزائد ، ورعاية أحسن المناهج فى العادات والمعاملات ، ومثاله سلب العبد أهلية الشهادة مع قبول فتواه وروايته . . . . . » .

ثم قال بعد أن عرف كل مرتبة من هذه المراتب ، ومثل لها « فإذا عرفت هذه الأقسام فنقول : الواقع فى الرتبتين الأخيرتين لا يجوز الحكم بمجرده . إن لم يعتضد بشهادة أصل إلا أنه يجرى مجرى وضع الضرورات فلا بعد فى أن يؤدى إليه اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد الشرع بالرأى فهو كالاستحسان . فإن اعتضد بأصل فذاك قياس ... وأما الواقع فى رتبة الضرورات فلا بعد فى أن يؤدى إليه اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد له أصل معين » ثم مثل له بمثال الترس المشهور فقال « ومثاله أن الكفار ... الخ ثم قال « فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معين . وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورية ، قطعية ، كلية » .

فالذى يؤخذ من هذا التقسيم أن الغزالى يشترط فى العمل بالمصلحة المرسلة أن تكون واقعة فى رتبة الضرورات ، أو ما يجرى مجرى الضرورات ، ولذلك نخرج بالشرط الثانى الذى يذكره الغزالى للعمل بالمصلحة المرسلة ، وهو كون المصلحة ضرورية أو جارية مجرى الضرورية . وقد رأينا أن شرط عدم وجود النص المعين الذى يشهد للمصلحة بالإلغاء والاعتبار إنما

كان لتحقيق معنى المصلحة المرسلة ، والتمييز بينها وبين المصلحة المعتبرة والملغاة . فهو شرط لبيان المقصود من المصلحة المرسلة ، وليس شرطاً فى جواز التمسك بالمصلحة المرسلة ، وبعبارة أخصر ، عدم شهادة النص المعين للمصلحة بالاعتبار أو الإلغاء هو معنى المصلحة المرسلة ، وبعد التحقق من أن المصلحة مرسلة يأتى دور الشروط اللازمة فى حجية هذه المصلحة . وقد رأينا أنه يؤخذ من هذا التقسيم ، ومن تعلق الغزالى عليه ، أن الشرط فى أعمال المصلحة المرسلة أن تكون مصلحة تدعو إليها ضرورة أو حاجة منزلة منزلة الضرورة وجارية مجراها .

٣ ـ أقسام المصلحة من حيث الملاءمة ومن حيث الشمول :

ولكن الباحث يلاحظ أن الغزالى لم يتكلم فى المستصفى عن تقسيمين ذكرهما فى شفاء الغليل ، وهما تقسيم المصلحة من حيث الملاءمة وعدمها ، ومن حيث الشمول والعموم . فلقد سبق أن رأيناه يفرق بين المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، والمصلحة الغريبة التى سكتت شواهد الشرع وأدلته عنها ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع ، وهنا جعل أقسام المصلحة ثلاثة : مصلحة معتبرة ، ومصلحة ملغاة ، ومصلحة مرسلة ، وفى هذا القسم الأخير لم يفرق بين المصلحة الملائمة والمصلحة الغريبة ، فى حين أنه فى شفاء الغليل فرق بين هذين القسمين . فهل هذا يعنى أنه لم يشترط الملاءمة لجنس تصرفات الشرع فى الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ؟

والإجابة على هذا السؤال بالنفى ، وذلك لأن شرط الملاءمة لتصرفات الشرع يؤخذ من مجموع كلام الغزالى فى المصلحة ، ومن الأمثلة التى ذكرها للمصلحة التى يرى الاحتجاج بها . فهو يقول(١) :

« فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة

---

(١) المستصفى ١ : ٣١٠ .

والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشرع فهى باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع » .

أما تقسيم المصلحة من حيث الشمول إلى مصلحة عامة ، وخاصة ، فإن الغزالى لم يتعرض له صراحة فى المستصفى ، ولكنه أشار إليه فى مواضع كثيرة ، عند الموازنة بين المصالح المتعارضة ، وعند التمثيل للمصالح المرسلة. فقد قال بعد مثال الترس « فهذا مثال مصلحة ... وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف ، أنها ضرورية قطعية ، كلية » وقال : « ونحن نعلم أن الشرع يؤثر الكلى على الجزئى » ، ولقد سبق أن رأينا الغزالى لا يعلق أهمية كبرى على هذا التقسيم فى كتابه شفاء الغليل ، حيث يصرح بعد ذكر أقسام المصلحة من حيث الشمول بقوله « وكل ذلك حجـــة بشرط الملاءمة لتصرفات الشرع » .

الفرع الثالث

نتائج هذه الدراسة

ونستطيع الآن بعد دراسة ما كتبه الغزالى عن المصلحة المرسلة فى كتبه الثلاثة أن نخرج بالنتائج الآتية فيها :

١ – فيما يتعلق بشرط ملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشرع :

رأينا الغزالى يحرص على اشتراط الملاءمة لجنس تصرفات الشرع فى المصلحة المرسلة حتى يمكن القول بأنها حجة ، وقد نص على ذلك فى كتبه الثلاثة ، المنخول ، وشفاء الغليل ، والمستصفى ، وجعل الملاءمة هى المقياس فى قبول أو رفض الأخذ بالمصلحة فى الأمثلة التى عرضها فى كل كتبه ، وناظر فيها الإمام مالكا رضى الله عنه .

٢ — فيما يتعلق بشرط عدم مصادمة المصلحة لنص شرعى :

ولقد حرص الغزالى فى كل ما كتبه على أن يشترط عدم مصادمة المصلحة المرسلة لنص شرعى ، وقلنا إن هذا شرط فى كون المصلحة مرسلة ، وليس شرطاً زائداً فى قبول الاحتجاج بها ، إذ المصلحة المناقضة للنص لا تسمى مصلحة مرسلة بل تسمى مصلحة ملغاة .

٣ فيما يتعلق بشرط الضرورة :

رأينا أن الغزالى يصرح فى شفاء الغليل بأن المصالح الضرورية والحاجية يجوز الاستمساك بها مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، أما المصالح الواقعة فى رتبة التحسينات فإنه لا يجوز الاستمساك بها مالم تعتضد بأصل معين يمكن القياس عليه .

أما فى المنخول فلم يتعرض لاشتراط كون المصلحة المرسلة واقعة فى رتبة معينة ، وإنما اكتفى باشتراط الاطراد فى الشرع ، وهو شرط الملاءمة لجنس تصرفات الشارع الذى تحدث عنه فى المستصفى وشفاء الغليل .

وفى المستصفى قرر الغزالى بعد ذكر مراتب المصالح الثلاث: الضرورات والحاجات والتحسينات ، أن المصالح الواقعة فى رتبة الحاجات والتحسينات لا يجوز الحكم بمجردها مالم تعتضد بشهادة أصل معين يمكن القياس عليه . إلا أنه أردف ذلك بقوله « إلا أنه يجرى مجرى وضع الضرورات فلا بعد من أن يؤدى إليه اجتهاد مجتهد ، وأما المصالح الضرورية فقد قرر أنه لا يبعد من أن يؤدى إليها اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد له أصل معين » .

وعلى هذا فلا تناقض بين تصريح الغزالى فى شفاء الغليل لقبول المصالح الحاجية كالضرورة ، وبين قوله فى المستصفى بقبول المصالح الضرورية دون الحاجية والتحسينية ذلك أنه قد صرح بأن المصالح غير الضرورية قد تجرى مجرى المصالح الضرورية فتلحق بالأخيرة ويجوز الحكم بمجردها . وعلى هذا

يحمل إطلاق القول بقبول المصالح الحاجية فى شفاء الغليل ، على ما إذا كانت هذه المصالح جارية مجرى الضرورات كما فى المستصفى .

بل إن الغزالى قد فسر هذا الإجمال ، وقيد ذلك الإطلاق فى شفاء الغليل نفسه ، حيث قرر بعد إطلاق القول بقبول المصالح الحاجية ، أن الحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة فى حق الشخص الواحد ، وبذلك يمكن القول بأن الغزالى يقصد أن المصالح الحاجية يقبل الحكم بمجردها ، إذا توافرت بالنسبة لها صفة العموم ، حتى تكون جارية مجرى الضرورات .

والخلاصة إذن فيما يتعلق بشرط الضرورة ، أن الغزالى يحتج بالمصلحة الضرورية ، ولو كانت فى حق شخص واحد ، وكذلك المصالح الحاجية إذا كانت الحاجة عامة فى حق كافة الخلق ، أو بعبارة أخرى ، الضرورة أو الحاجة العامة هى الشرط فى العمل بالمصلحة المرسلة عنده .

٤ — فيما يتعلق بشرط الكلية :

رأينا أن الغزالى لم يتعرض لاشتراط الكلية فى المصلحة المرسلة فى كتابه المنخول ، بل أكثر من ذلك لم يتعرض لتقسيم المصلحة من حيث الشمول والعموم ، وكان الشرط الوحيد فى جواز العمل بالمصالح عنده هو الاطراد فى الشرع ، أى الملاءمة لجنس تصرفات الشارع . زيادة على الشرط الأول وهو ألا يردها أصل مقطوع به مقدم عليها .

وأما فى شفاء الغليل فقد قسم الغزالى المصلحة من حيث العموم والشمول أقساماً ثلاثة كما سبق : مصلحة عامة فى حق الخلق كافة ، ومصلحة تتعلق بالأغلب ، ومصلحة تتعلق بشخص واحد فى واقعة نادرة ، ثم قرر أن هذه المراتب تتفاوت فى الظهور ، وقال « وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصدم نصاً ولا يتعرض له بالتغيير » .

وفى كتابه المستصفى لم يقسم المصلحة هذا التقسيم ، كما لم يشترط فى المصلحة المرسلة أن تكون مصلحة عامة أو كلية صراحة ، بل رأيناه يصرح كما صرح فى كتابيه المنخول وشفاء الغليل بأن الشرط الجوهرى هو الملاءمة لمقاصد الشارع فيقول : « كل مصلحة لاترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشرع فهى باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً عن هذه الأصول ، ولكنه لايسمى قياساً بل مصلحة مرسلة ، إذ للقياس أصل معين » .

ولقد دعا ذلك صاحب رسالة ضوابط المصلحة إلى القول بأن كلام الغزالى فيما يتعلق بشرط الكلية فى المصلحة ينطوى على تناقض واضطراب ذلك أن الغزالى بينما يكتفى فى المنخول وشفاء الغليل بشرط الملاءمة لجنس تصرفات الشرع لاعتبار المصلحة حجة ، ويصرح فى الأخير بأن المصلحة الخاصة بشخص واحد فى حالة نادرة يؤخذ بها مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، يعود فيقول فى المستصفى بعد مثال الترس المشهور « فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معـــين ، وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورية قطعية كلية » ، وهذا تناقض واضطراب فى نظر الباحث . إذ الغزالى يصرح فى موضع بأن المصالح الخاصة بفرد فى حالة نادرة حجة ، ويصرح فى موضع آخر بأن المصلحة لايؤخذ بها إلا إذا توافر لها شرط الكلية ، كما يفهم ذلك الباحث .

والذى نراه أنه ليس هناك تناقض أو اضطراب فى كلام الغزالى ، ذلك أن النص الصريح فى شفاء الغليل على أن المصالح العامة ، والغالبة ، والخاصة حجة بشرط الملاءمة لا يقدم على النص المحتمل فى المستصفى ، ففى الكتاب الأخير ، لم يصرح الغزالى بشرط الكلية ، وإنما اشترط هذا فى مثال خاص

هو مثال الترس ، ولا تكون المصلحة فيه ملائمة لجنس تصرفات الشرع إلا بالقيود الثلاثة القطعية ، والضرورة ، والكلية ؛ ذلك أن ترجيح الكثير على القليل لم يقم دليل على أنه مقصود للشارع ، إذ أجمعت الأمة على أنه لو أكره شخصان على قتل شخص لا يحل لهما قتله ، وأنه لا يحل لمسلمين أكل مسلم فى مخمصة فمنع الإجماع من ترجيح الكثرة .

وأما من ناحية القطع ، فإنه قال به فى هذا المثال كشرط لاعتبار مصلحة قتل الترس ملائمة ، ذلك أن الشارع يحتاط فى باب الدماء أكثر من غيره وما عهد فى الشرع القتل بالوهم والظن .

وأما شرط أن تكون المصلحة ضرورية فذلك أن المصلحة الفائتة مصلحة ضرورية فلابد إذن من كون المصلحة التى يراد حفظها بتفويت المصلحة الضرورية ضرورية أيضاً ؛ إذ لم يعهد من الشارع تقديم مصلحة حاجية أو تحسينية على مصلحة ضرورية .

والخلاصة أن الشرط فى المصلحة الداعية إلى قتل الترس أن تكون مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ولما كان قتل الترس تفويتاً لدم معصوم بدون ذنب سافك ، فلابد إذن أن تكون المصلحة الداعية لإهدار المصلحة الضرورية مصلحة ضرورية أيضاً ، وإذا كانت مصلحة ضرورية فلابد أن تكون مصلحة عامة وليست غالبة إذ الإجماع قائم أن ترجيح الكثرة ليس مقصوداً للشرع ، وأخيراً فإن قتل الترس تفويت مصلحة قطعاً ، فلابد أن تكون المصلحة الداعية إليه قطعية أو ظنية ظناً قريباً من القطع على الأقل . إذ لم يعهد عن الشارع القتل بالوهم أو الظن العادى . وقد صرح بذلك الغزالى فقال « والقتل بتوهم المصلحة لاسبيل إليه » .

وإذا كان ذلك كذلك فإنه لاتناقض فى كلام الغزالى رضى الله عنه ،

ذلك أنه لا يشترط فى كل مصلحة أن تكون كلية ، بل كل المصالح عنده سواء ، وإنما اشترط الكلية فى مثال الترس لأنه شرط لازم لاعتبار المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ويقوى هذا أن الغزالى صرح بأن المصالح الخاصة فى محل الاجتهاد ، وأنه يمكن الأخذ ببعض هذه المصالح إلا إذا عارضتها مصلحة أخرى(١) .

---

(١) أما تصريحه بأن المصالح الخاصة فى محل الاجتهاد فيدل عليه عبارته إذ يقول رحمه الله فى المستصفى ١ : ٣٠٦ .

« فإن قيل فما قولكم فى المصالح الجزئية المتعلقة بالأشخاص مثل المفقود زوجها ، وكذلك إذا عقد وليان نكاحين ، أحدهما سابق ، واستبهم الأمر ، وكذلك المرأة إذا تباعد حيضها عشر سنين ... قلنا : المسألتان الأوليان فى محل الاجتهاد » .

ومعنى هذا النص أن الغزالى لا يرد المصالح الخاصة لأنها مصالح خاصة وليست كلية ، ولكنه يجعلها فى محل الاجتهاد ، ويطبق عليها قواعد الترجيح بين المصالح .

فهو يرى أن المصلحة كانت تقضى بفسخ نكاح زوجة المفقود بعد المدة التى قدرها عمر وهى أربع سنين ، « وذلك دفعاً لضرر المزوبة عنها » ، « ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعاً » ، المستصفى ١ : ٣٠٧ إلا أنه يميل إلى ترجيح مذهب الشافعى الجديد الذى لا يرى الفسخ إلا بقيام البينة على موته ، أو مضى مدة لا يعيش لمثلها ، لا على أساس أنه لا يرى الاحتجاج « بالمصالح الجزئية الراجعة إلى الأشخاص » ولكن لأنه يعتقد أنه إذا كان « فى الفسخ دفع ضرر عنها ، ورعاية جانبها ، فيعارضه أن رعاية جانبه أيضاً مهم ، ودفع الضرر عنه واجب ... فقد تقابل الضرران ... فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض » المرجع السابق ١ : ٣١٨ فهو يسلم بأصل اعتبار المصلحة الخاصة ولكنه يرى أن المصلحة الخاصة بزوجة المفقود معارضة بمصلحة أخرى ، فتساقطت المصلحتان ، وبقى أصل العمل بالنص القاضى ببقاء الزواج حتى تقوم البينة على موت الزوج الذى ينتهى به الزواج . وفرق بين القول بحجية دليل ، وبين القول بأن هذا الدليل إذا عارضه دليل آخر ، ولم يمكن الترجيح بينهما تساقط الدليلان .

وبالنسبة لمن تباعد حيضها مدة تتضرر فيها من عدم الزواج يقول الغزالى : « لا يبعد عندى لو اكتفى بأقصى مدة الحمل ، وهو أربع سنين ، لكن لما أوجبت العدة مع تعليق الطلاق على يقين البراءة غلب التعبد » المستصفى ١ — ٣١٠ فأنت تراه يقرر أنه ليس بعيداً القول بالمصلحة الجزئية الخاصة بمن تباعد حيضها ، والحكم بانقضاء عدتها بأقصى مدة الحمل ، « وإن أوجب الله التربص بالأقراء ، إلا على اللائى يئسن من المحيض ، وليست هذه من الآيسات » ؛ إلا أنه قد منعه من القول بهذه المصلحة أن المدة يغلب فيها التعبد فضيق نطاق أعمال المصالح فيها .

٥ — فيما يتعلق بشرط القطعية :

لم يتعرض الغزالى لاشتراط القطعية فى المصلحة المرسلة فى كتابيه المنخول وشفاء الغليل لا تصريحاً ولا إشارة ، وفى كتاب المستصفى قال بعد مثال الترس إن قتل الترس مصلحة انقدح اعتبارها باعتبار أوصاف ثلاثة: الكلية والضرورة والقطعية .

غير أنه عاد ففسر المقصود بالقطع فقال فى مثال قتل الترس : ونحن إنما نجوز ذلك عند القطع أو ظن قريب من القطع ، والظن القريب من القطع إذا صار كلياً وعظم الخطر فيه ، فتحتقر الأشخاص الجزئية بالنسبة إليه » .

وقال فى قتل الساعى فى الأرض بالفساد[1] « فإن قيل فى توقفنا عن الساعى فى الأرض بالفساد ضرراً كلياً بتعريض أموال المسلمين ودمائهم للهلاك ، وغلب ذلك على الظن بما عرف من طبيعته وعادته المجربة طول عمره . قلنا لا يبعد أن يؤدى اجتهاد مجتهد إلى قتله إذا كان ذلك » .

وإذن فقد فسر الغزالى المقصود من القطع بأنه الظن الغالب أو القريب من القطع، وليس القطع بالمعنى المتبادر منه. ومما يؤكد ذلك أنه رضى الله عنه أخذ ببعض المصالح الظنية (٢).

---

(١) المستصفى جـ ١ ص ٣٠١ .

(٢) فقد قرر أنه إذا خلا بيت المال ، بحيث لم يكن فيه ما يكفى رواتب الجند ، وخيف دخول الكفار بلاد الإسلام ، أو خيف ثوران الفتنة الداخلية ، فإنه « يجوز الامام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين » المستصفى جـ ١ ص ٣٠٧ . فهو لا يشترط القطع بثوران الفتنة ، ولا دخول الكفار بلاد الإسلام ، بل يأخذ بالمصلحة لمجرد الخوف من ذلك ، ويفرق بين هذه المصلحة ، والمصلحة فى قتل الترس حيث اشترط القطع هناك ، واكتفى بالظن هنا ، بأن « هذا تصرف فى الأموال » والأموال مبتذلة ، يجوز ابتذالها فى الأغراض التى هى أهم منها ، وإنما المحظور سفك دم معصوم من غير ذنب سافك » ، المستصفى جـ١ =

والخلاصة أن الشرط الأساسى فى العمل بالمصلحة المرسلة أن تكون ملائمة لجنس تصرفات الشرع، بأن تكون داخلة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، أو كما يعبر الغزالى ، أن تكون راجعة إلى حفظ مقصود علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع » .

= ص ٣٠٥ . وهو بذلك يشير إلى أن اشتراط القطع فى مسألة الترس ؟ ليس اشتراطاً له فى أصل القول بالمصالح وإنما اشتراط له فى مسألة الترس بالذات ، لأن المصلحة الجزئية المهدرة فيها مصلحة تتعلق بالدماء والدماء يحتاط فيها مالا يحتاط فى غيرها .

كما قرر أن المصلحة توجب عقوبة الحبس على الساعى فى الأرض بالفساد ؛ بالدعوة إلى البدعة ، واغراء الظلمة بأموال الناس وحرمهم ؛ وسفك دمائهم ؛ مع أننا لا نقطع بحصول المفسدة ؛ لأنه لم يقتحم جريمة معينة توجب عقوبة الحبس ، ولكن غلب على الظن حصول المفسدة منه ، ولكن الغزالى يعارض فى قتله بهذا ، لأن القتل بتوهم المصلحة لا سبيل إليه المستصفى جـ ١ ص ٣٠٠ .

فى حين أنه إذا عم ضرره بأن صار ضرراً كلياً ، بتعريض أموال المسلمين ، ودمائهم للهلاك . وغلب ذلك على الظن بما عرف من طبيعته وعادته المجرنة ؟ فإنه لا يبعد — فى نظر الغزالى — أن يؤدى اجتهاد مجتهد إلى قتله . المستصفى ج ١ ص ٣٠٠ .

فأنت تراه يكتفى بالظن ولا يتطلب كلية المصلحة إذا كانت العقوبة هى الحبس . أما إذا كانت العقوبة هى القتل ، فانه يشترط للقول بالمصلحة حينئذ الكلية . والظن الغالب — كما يشترط ذلك فى قتل الترس — وبذلك يظهر واضحاً أنه لا يشترط القطعية والكلية لأصل القول بجنس المصالح . ولكنه يشترطه احتياطاً فى باب الدماء .

ولقد سبق القول بأن الغزالى لا يرد القول بالمصلحة التى توجب فسخ نكاح زوجة المفقود بسبب أن المصلحة لا يتوافر فيها شرط القطعية ، الكلية ، الضرورية . بل لأن هذه المصلحة تعارضها مصلحة الزوج بحيث لا يمكن الترجيح بين المصلحتين . كما أن الذى منعه عن القول بانقضاء عدة من تباعدت حيضتها . ليس هو أن المصلحة فيها جزئية ، ظنية ، حاجية ، كما هو الواقع فيها . ولكن لأن العدة يغلب فيها جانب التعبد فلم يصح القول بالمصلحة فيها .

والغزالى نفسه يصرح أن الظن القريب من القطع يقوم مقام القطع حتى فى المصالح التى تتعلق بالدماء . فهو يقول : ونحن إنما نجوز ذلك عند القطع أو ظن قريب من القطع . المستصفى ج ١ ص ٣٠٠ : ويكتفى فى الساعى فى الأرض بالفساد أن يغلب على الظن ضرره ، وبذلك لا يكون الغزالى قد اشترط القطع فى أصل القول بالمصلحة وإنما ذكر عند تعارض المصالح ، بل إنك لا تكاد تجد مثالا واحداً من الأمثلة التى ذكرها للمصلحة قد توافرت فيه القطعية بالمعنى المتبادر .

وهذه الملاءمة ، والرجوع إلى المقصود الشرعى يعرف من تصرفات الشارع ، ويعتمد على عدة عناصر منها قوة المصلحة فى ذاتها ، ومنها مقدار شمول المصلحة ، ومنها درجة تحققها . ومقدار خطورة المصلحة المفوتة فى مقابلة المصلحة المطلوب تحصيلها .

ففى مثال الترس نجد أن المصلحة المفوتة مصلحة ضرورية تتعلق بالدماء ، وهى مصلحة خاصة ، ومحقق فواتها ، فى حين أن المصلحة المطلوب حمايتها مصلحة ضرورية تتعلق بالنفس ، فيجب أن تكون هذه المصلحة كلية حتى تقدم على المصلحة الجزئية المقابلة لها ، وإذا كنا أمام تفويت مصلحة الترس فى الحياة قطعاً فيجب أن نكون على يقين أو ظن غالب أن المصلحة العامة سوف تتحقق بذلك التفويت .

وفى حالة ما إذا عم الحرام الأرض ، نجد أن الغزالى يكتفى بالمصلحة الحاجية مادامت الحاجة فيها عامة ، فهنا لم يشترط الضرورة مع العموم ، بل تكفى الحاجة العامة وتنزل منزلة الضرورة .

وفى قتل الساعى فى الأرض بالفساد يكفى الظن الغالب بوقوع الفساد من فعله ، مادام ذلك الفساد خطيراً وعاماً .

على أنه من المسلم أن الضرورة وحدها كافية فى أكل مال الغير ، مع أن المصلحة خاصة بشخص واحد ، وذلك لأن المال محتقر بالإضافة إلى النفس ، فكانت الفتوى بجواز أكل مال الغير فتوى مصلحة ملائمة لمقصد شرعى .

فى حين أن شخصاً لو أكره على أكل آخر لم يجز وإن كانت المصلحة ضرورية ، حتى ولو كانت قطعية أيضاً ، وذلك لأن المصلحة المفوتة مصلحة متكافئة فهى مصلحة ضرورية تتعلق بالدماء .

وعلى هذا فإنه يمكننا أن نخرج من هذا إلى أن الغزالى لا يشترط فى كل مصلحة ان تكون ضرورية ، قطعية ، بمعنى عدم إمكان التخلف ، كلية ، بمعنى عدم تعلقها بعدد محصور ، وإنما يشترط فيها الملاءمة لجنس تصرفات الشرع ، وقد وجدنا أن هذه الملاءمة لا تتحقق إلا فى المصالح التى توافر لها الظن الغالب ، والضرورة أو الحاجة العامة .

٦ — من حيث علاقة المصلحة بالنص :

أكد الغزالى فى كتبه الثلاثة أن المصلحة المرسلة لا تناقض النص ، فإذا ناقضته كانت مصلحة ملغاة لا يجوز الاستمساك بها ، ولا تشريع حكم بناء عليها ، وإليك بعض عبارات الغزالى فى هذا الخصوص .

١ — يقول الغزالى فى شفاء الغليل بعد تقسيم المصلحة من حيث العموم والخصوص : « وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصدم نصاً ، ولا يتعرض له بالتغيير »(١) .

٢ — ويقول فيه عند تقسيم المصلحة من حيث الملاءمة وعدمها : « وهى (المصلحة) تنقسم إلى ما يلغى فى الشرع ملاحظة جنسها ، فهو المعتبر ، وإلى ما يصادم فى محل نصاً للشرع فيتضمن اتباعه تغيير الشرع ، فهو باطل عندنا ، وإلى ما سكتت شواهد الشرع عنه ونصوصه ، فلا يناقضه نص ولا يشهد لجنسه شرع فهو المصلحة الغريبة التى يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لا عهد لمثله فى الشرع »(٢) .

٣ — ويقول فيه بعد القول بإعطاء الشارب حد القاذف « فإن قيل قد شرطتم فى المصلحة المرسلة ألا تتضمن تغيير النص ، ولقد كان حد الشرب

---

(١) شفاء الغليل ١٨٤ .

(٢) المرجع السابق ١٨٢ .

فى الشرع أربعين ، فزادوا عليه بالمصلحة ، وكان ذلك تغييراً للنص ، قلنا : ليس الأمر كذلك ، فلم يحد للشرب مقدار فى الشرع » (١) .

٤ — ويقول فيه : إن الحكم على الأمير بالصوم دون العتق « حكم على مخالفة النص بموجب الاستصلاح ، وهو باطل قطعاً ، وهذا ما عنيناه بقولنا إن اتباع المصلحة على مناقضة النص باطل »(٢) .

٥ — ويقول فى المستصفى فى شأن هذه الفتوى « فهذا قول باطل ومخالف لنص القرآن بالمصلحة »(٣) .

٦ — ويقول عند تعليله لرفض قتل الدعى لبدعة لا تكفر بالمصلحة : « الحدود مقادير مقدرة من جهة الشرع ، فالزيادة عليها تحريف للنصوص فلا جواز لذلك بالمصلحة »(٤) .

٧ — ويقول فى المنخول « نحن مع المصالح بشرط ألا تهجم على نص الرسول بالرفع »(٥) .

٨ — ويقول فى المنخول(٦) : « الاستدلال الصحيح ، كل معنى مناسب للحكم ، مطرد فى أحكام الشرع ، لا يرده ، أصل مقطوع به مقدم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع فهو مقول به ، وإن لم يشهد له أصل معين » .

٩ — ويقول فى شفاء الغليل(٧) وهو يتحدث عن شروط العلة :

---

(١) المرجع السابق ١٨٩ .

(٢) شفاء الغليل ١٩١ .

(٣) المستصفى .

(٤) شفاء الغليل ١٩٧ .

(٥) المنخول ورقة ٧٨ .

(٦) المرجع السابق ورقة ٨١ .

(٧) شفاء الغليل ٥٩٦ .

« الشرط السابع ألا يتغير النص الذى منه الاستنباط بالتعليل ، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل وهذا بين فيما اللفظ نص فيه ، أما إذا كان اللفظ عاماً أو ظاهراً لم يبعد أن يتغير بالتعليل ظهوره وعمومه ، فيتطرق إليه تخصيص وتأويل » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن الغزالى رضى الله عنه لايعمل بمصلحة فى مقابلة نص شرعى ، كتاباً كان أو سنة ، إذا كان هذا النص لايحتمل التأويل ، لأن العمل بالمصلحة فى مقابلة هذا النص « يغير النص » أو « يصدم النص »أو « يرفع حكم النص » ، أو « يناقض النص » أو « يخالف النص » ، أو « يحرف النص » وقد قرر الغزالى أن المصلحة التى هذا شأنها مصلحة ملغاة .

أما النص الذى يحتمل ، وهو المرادف للظاهر فى عرف الشافعية(١) ، وظاهر عبارات الغزالى أن المصلحة تصلح بياناً للمراد منه وترجيح أحد معانيه المحتملة ، أو كما يقول الغزالى تصلح لتخصيصه . إذ العام عند الجمهور والغزالى منهم ، من قبيل الظاهر المحتمل(٢) وتخصيصه بيان للمراد به عندهم(٣) .

١ — فهو يقول فى المصلحة القاضية بقتل الزنديق المتستر : « فهذا

---

(١) راجع فى إطلاقات النص معنى الظاهر عند الشافعية المستصفى ١ : ٣٨٥ .

(٢) راجع فى بيان أن العام من قبيل الظاهر ، وأن دلالته العموم ظنية عند الجمهور المراجع الآتية : نهاية السول ٤ : ٤٦٣ ، إرشاد الفحول ١٦٣ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، شرح التلويح على التوضيح ١ : ٣٩ .

(٣) راجع فى بيان أن التخصيص بيان المراد من العام وليس نسخاً له عند الجمهور . المستصفى ١ : ٣٧٣

لو قضينا به لحاصله استعمال مصلحة فى تخصيص عموم ، وذلك لاينكره أحد » (١) .

٢ — ويقول فى قتل الترس المسلم(٢) : « إننا نخصص العموم بصورة ليس فيها خطر كلى » وقصده من العموم قوله تعالى « ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » .

٣ — ويقول فى نساء الكفار وذراريهم : « لاخلاف فى أنهم لو تترسوا بنسائهم وذراريهم قاتلناهم ، وإن كان التحريم عاماً ، ولكن نخصصه بغير هذه الصورة (٣) .

٤ — ويقول معللا لرد المصلحة القاضية بانقضاء عدة من تباعدت حيضتها بأقصى مدة الحمل(٤) : « إن هذا القدر النادر لايسلطنا على تخصيص النص » .

ولكن هل يؤخذ من ظاهر هذه العبارات أن هناك شيئاً خارجاً عن النصوص الشرعية يسمى مصلحة تخصص النص ؟

الواقع خلاف ذلك ، وأن إطلاق الغزالى على الترجيح بين المقاصد الشرعية المتعارضة عبارة التخصيص من قبيل التجوز وذلك للأسباب الآتية :

أولا : أن المصلحة المرسلة عند الغزالى ليست أصلا مستقلا عن النصوص الشرعية ، لأن الغزالى يرد المصلحة إلى المحافظة على مقاصد الشارع ، ثم يقرر أن هذه المقاصد إنما تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ،

---

(١) المستصفى حـ ١ ص٢٩٩ .

(٢) المستصفى حـ ١ص ٣٠٢ .

(٣) المرجع السابق ٣٠٣ .

(٤) المرجع السابق ٣٠٩ .

ويؤكد أن كل مصلحة لاترجع إلى هذه الأصول فهى مصلحة غريبة مطرحة ترادف الاستحسان والتشريع بالهوى والتشهى . وبذلك يكون المخصص للنص الجزئى هو تلك النصوص الشاهدة لجنس المصلحة ، أو المقصود الشرعى بالاعتبار .

ثانياً : أن المصلحة المرسلة عند الغزالى مصلحة معتبرة تدخل فى باب القياس عند غيره ، وإنما خصها الغزالى باسم المصلحة المرسلة لأنه يعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هى الموجبة فى محل النص ، وإذا كان القياس يصلح مخصصاً للنص عند الجمهور والغزالى منهم ، ثبت ماقلناه من أن المخصص للنص فى الحقيقة ليس هو المصلحة المجردة ، بل إن الغزالى نفسه يسمى هذا النوع من الاستدلال قياساً مرة ، ويصرح بإمكان القياس فيه مرة أخرى .

فهو يقول فى المنخول : « الباب الرابع فى الاستدلال المرسل وقياس المعنى »(١) فجعل المصلحة المرسلة من باب القياس وسماه قياس المعنى ، مفرقاً بينه وبين المصلحة التى شهد النص لعينها وهو النوع الآخر من القياس .

ويقول فى شفاء الغليل « فإن قيل ماذكرتموه من أمثلة الشرع فى إقامة المظنة مقام الشىء أصول لهذا القياس فيرجع النظر إلى رد فرع إلى أصل بمعنى مناسب جامع وليس ذلك استدلالا مرسلا . قلنا كل مصلحة ملائمة يتصور إيرادها فى قالب قياس بجمع متكلف يعتمد التسوية فى مصلحة عامة لايتعرض لعين الحكم ، فإن أراد السائل بما ذكره من رد الفرع إلى الأصل لمعنى مناسب هذا القدر فهو الذى تزيده بالاستدلال المرسل .. . وإنما نعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هى الموجبة فى محل النص »(٢) .

---

(١) المنخول ورقة ٧٧ .

(٢) شفاء الغليل ١٩٠ .

فهو يتفق مع غيره فى حجية المصلحة التى شهدت النصوص لجنسها، ويخالف فى التسمية فقط ، فهو يفضل تسمية هذا النوع قياس معنى ، أو مصلحة مرسلة حتى يتميز عن القياس بالمعنى الذى اختاره ، وهو تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص لعلة هى الموجبة فى محل النص، فإذا كان جمهور الأصوليين يدخلون هذا فى باب القياس ، ويرون أن القياس يصلح مخصصاً للنص ، فلا ضير على الغزالى أن يصرح بتخصيص النص بالمصلحة بهذا المعنى . مادامت المصلحة بهذا المعنى هى قياس فى نظر الجمهور، بل إنه نفسه يسميه قياس معنى مرة ، ومصلحة مرسلة مرة أخرى .

ثالثاً : بل إن الغزالى يرى أن القياس نفسه ليس خارجاً عن النصوص فهو يصرح بأن القياس اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع ، وحيث إن الاستدلال المرسل عنده نوع من القياس فهو إذن اقتباس للحكم من معقول النص ، وإذا خصص النص ، فإنما يخصص النص بالنص وليس بالمصلحة المجردة .

الباب الثالث

نظرية المصلحة فى الفقه الحنبلى

تمهيد وتقسيم :

لقد كان فقه الإمام أحمد رضى الله عنه — بحق — فقه المصالح ، صرح بذلك كتاب الأصول ، وأكثر شيوخ الحنابلة ، والمخرجون فى هذا المذهب العظيم ، وهو الذى تدل عليه الفروع التى رويت عن أحمد ، والفتاوى التى نسبت إليه ، بل إن بعض كتاب الأصول يؤكد أنه إذا كان لمالك ترجيح على غيره من الفقهاء فى الأخذ بالمصالح فى التفريع واستنباط الأحكام ، فإن أحمد ابن حنبل يلى مالكا فى هذا الخصوص .

ولقد رأيت أن أدرس نظرية المصلحة فى الفقه الحنبلى فى فصلين :

الفصل الأول : وفيه أعرض لدراسة المصلحة فى فقه أحمد والمعتدلين من أتباعه ، الذين يمثلون فقهه وينهجون نهجه .

الفصل الثانى : وأخصصه لدراسة المصلحة عند الطوفى الحنبلى ، صاحب نظرية وجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع وذلك لأن هذا الفقيه لايمثل فقه أحمد ، ولا ينهج نهج المعتدلين من أتباعه . بل إن نظريته فى المصلحة تعد نظرية غريبة عن الفقه الإسلامى ، بعيدة عن روحه ومضمونه .

الفصل الأول

نظرية المصلحة فى فقه أحمد

ولقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين : جعلت المبحث الأول فى المصلحة المرسلة ، والمبحث الثانى فى سد الذرائع ومنع التحيل .

المبحث الأول

المصلحة المرسلة فى فقه أحمد

وسوف أعرض المصلحة المرسلة فى فقه أحمد رضى الله عنه فى فرعين:

الفرع الأول : ونخصصه لإثبات أن أحمد بن حنبل يحتج بالمصالح المرسلة الملائمة لجنس تصرفات الشرع والداخلة تحت أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة .

الفرع الثانى : وفيه أعرض بعض الفروع التى رويت عن أحمد ، أو أفتى بها بعض شيوخ الحنابلة تخريجاً على مذهبه ، والتى كان سند القول بها هو المصلحة المرسلة . وذلك بقصد تأكيد صحة نسبة القول بالمصالح إلى أحمد رضى الله عنه، من ناحية ، ولبيان طريقة الاستدلال المرسل فى المذهب الحنبلى من ناحية أخرى .

الفرع الأول

إثبات اعتماد أحمد بن حنبل على المصالح المرسلة في الاستنباط

لقد صرح بعض كتاب الأصول بأن الإمام أحمد رضى الله عنه يعتمد على المصالح المرسلة، كأصل من أصول الاستنباط، كما رأينا شيوخ الحنابلة الذين تصدوا لدراسة فقه أحمد، والتخريج على فتاواه يستعملون عبارة المصلحة كثيراً، وذلك عند إبداء سند الفتاوى فى الوقائع التى ليس فيها نص حكم، ولا يمكن أخذ حكمها بطريق القياس على الأصل المعين، الذى يشترك مع النازلة الجديدة فى عين الحكم، ونفس علته. وأخيراً فإن هناك بعض الفتاوى المنسوبة إلى أحمد أو أحد من أتباعه، لا يجد الباحث لها سنداً فى النص المعين، الذى يؤخذ حكم الواقعة من لفظه، أو من معقوله بطريق القياس، ولكنها فتاوى تحقق مصالح جزئية فى بعض النوازل التى لا نص فيها، هذه المصالح الجزئية مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع، وداخلة تحت أصل كلى دلت عليه نصوصه فى الجملة.

وهذا يقطع فى مجموعه بأن الإمام أحمد رضى الله عنه اعتمد على أصل المصالح الملائمة فى التشريع.

ولكننا فى نفس الوقت نجد بعض شيوخ الحنابلة لذين تصدوا بيان أصول الفتوى والاستنباط عند أحمد رضى الله عنه، يذكرون هذه الأصول ولا يجعلون المصلحة المرسلة واحداً منها. بل إن بعض هؤلاء الشيوخ يصرح بعدم جواز الاعتماد على المصالح المرسلة فى الاستنباط، رامياً القائل بهذا النوع من المصالح بأنه يشرع من الدين مالم يأذن به الله[1].

---

(١) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ٥ : ٢٢.

وهذا يدل بظاهره على أن الامام أحمد لا يأخذ بالمصالح المرسلة ولا يعتمد عليها فى الاستنباط ، وذلك يخالف ما سبق أن قررناه .

والواقع أنه لا تخالف ولا تعارض بعون الله تعالى ، ذلك أن المصالح التى يحتج بها أحمد وأتباعه مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وليست مصالح غريبة لم يلتفت الشارع إلى جنسها ، ولم يورد الفروع على وفقها . ولقد سبق أن بينا أن المصالح الملائمة مصالح شهدت لها النصوص فى الجملة ، فهى مصالح لا تعدم الأصول الشرعية التى تشهد لجنسها ، وإن فقدت الأصل الذى يشهد لعينها .

فأتباع أحمد الذين حصروا أصول الاستدلال عنده فى النصوص وفتاوى الصحابة ، والآثار المرسلة والضعيفة ، والقياس على واحد منها يقصدون القياس بمعناه الواسع الذى يشمل المصالح التى شهدت الأصول لجنسها بالاعتبار ، ولذلك لم يذكروا المصالح المرسلة بين أصول أحمد فى الاجتهاد ، لأنها نوع من أنواع القياس على الأصول ، أو هى قياس القواعد أو المصالح كما سبق بيانه قبل .

وأما من صرح برفض المصالح المرسلة من الحنابلة ، فالمصالح الغريبة التى لا تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار عنى ، فإن القول بهذا النوع من المصالح تشريع بالرأى من القائل به فلا يقبل . ولقد رأينا أن الاتفاق قائم بين العلماء على رد المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشرع . وأن الشافعى يسمى هذه المصالح استحساناً بالرأى ، والغزالى يصرح بأن الصحيح أن الاستدلال المرسل غير واقع فى الشرع لأنه ما من مصلحة تتخيل إلا والشرع حاكم عليها بالقبول أو الرفض ، مع أخذ الغزالى بالمصالح المرسلة ، لأنه يقصد بالأولى المصالح الغريبة ، وبالثانية الملائمة .

وابن عبد السلام الذى يضع كتاباً فى المصالح ، ويضرب للمصالح الملائمة مئات الأمثلة ، يصرح بأنه لا يجوز لأحد أن يتبع المصالح المرسلة[1] ، وذلك لأنه يعنى بالمصالح المرسلة المصالح الغريبة التى لا يشهد الشرع لجنسها بالاعتبار .

هذه نظرة إجمالية وإليك تفصيل القول فى ذلك مرتباً على مطلبين :

المطلب الأول

إثبات أخذ أحمد بالمصالح المرسلة

نقدم على دعوى أخذ أحمد بالمصالح المرسلة أدلة ثلاثة: الدليل الأول : تصريح بعض كتاب الأصول بأن أحمد يرى جواز الاحتجاج بالمصالح المرسلة ، الدليل الثانى : مأخوذ من عبارات شيوخ الحنابلة أنفسهم ، الدليل الثالث : بعض الفروع المروية عن أحمد وبعض أتباعه ، والتى يظهر أن أصل الفتوى فيها لم يكن إلا المصلحة المرسلة أو قياس الأصول أو المصالح أو المعانى أو القواعد كما يعبر عنه .

الدليل الأول : تصريح بعض كتاب الأصول باعتماد أحمد على المصالح المرسلة فى الاجتهاد واستنباط الأحكام .

نعرض فى هذا الخصوص رأى ابن دقيق العيد ، كما نقله الشوكانى فى إرشاد الفحول ، ثم عبارة القرافى المالكى فى شرح التنقيح ، وأخيراً رأى الكتاب المحدثين :

أولا — رأى ابن دقيق العيد

يقول ابن دقيق العيد فى المصلحة المرسلة : « الذى لا شك فيه أن لمالك

---

(١) القواعد الكبرى ٢ : ١٣٥ .

ترجيحاً على غيره من الفقهاء فى هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره فى الجملة ، ولكن لهذين ترجيح فى الاستعمال لها على غيرهما »(١) .

فأحمد بن حنبل — كما يرى هذا الفقيه — ليس فقط ممن يقول بالمصالح المرسلة ، ولكنه أكثر من القول بها . وكان دوره بعد مالك فى كثرة الأخذ بهذا الأصل فى الفتوى ، والالتفات إليه فى التشريع .

ثانيا — رأى القرافى المالكى

يقول القرافى المالكى فى شرح تنقيح الفصول(٢) : « وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا ، وإذا تفقدت المذاهب ، وجدتهم إذا قاموا ، أو جمعوا ، أو فرقوا بين المسألتين ، لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى به جمعوا ، أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسلة ، فهى حينئذ فى جميع المذاهب » .

فالقرافى وإن لم يخص الإمام أحمد بالذكر ، إلا أن تصريحه بأن جميع المذاهب تحتج بالمصالح المرسلة يدل على أنه يأخذ بها فى فتاويه .

فهذان الفقيهان ينسبان القول بالمصالح المرسلة إلى الإمام أحمد رضى الله عنه ، وأولها يصرح بأن الإمام أحمد قد أكثر من التفريع على هذا الأصل ، حتى جاء فى الترتيب بعد مالك الذى اشتهر عنه كثرة القول بالمصالح .

ثالثا — الكتاب المحدثون

تكاد تتفق كلمة كتاب الأصول المحدثين على أن الإمام أحمد بن حنبل

---

(١) نقله الشوكانى فى إرشاد الفحول ٢٤٢ .

(٢) شرح تنقيح الفصول ١٧١ ، ١٩٩ .

رضى الله عنه ممن يأخذ عنه ممن يأخذ بالمصالح المرسلة كطريق من طرق الاستدلال الشرعية . ويذكرون كدليل على دعواهم بعض الفروع التى رويت عن أحمد أو بعض أصحابه ، وكان اعتماد الفتوى فيها على المصالح المرسلة . وفى هذا يقول أستاذنا الجليل فضيلة الشيخ أبو زهرة فى كتابه : ابن حنبل[1] « نقلنا لك الأصول التى ذكر ابن القيم أنها أصول الاستنباط عند أحمد . ولم يذكر المصالح منها . وليس عدم ذكرها دليلا على عدم اعتبارها ، بل إن فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلا من أصول الاستنباط ، وينسبون ذلك الأصل إلى أمامهم جميعاً . . . ولكنه لم يذكره عند ذكر أصوله ، لأنه يرى أنه داخل فى باب القياس الصحيح[2] .

الدليل الثانى : تصريح شيوخ الحنابلة باعتبار المصالح :

وفى هذا الخصوص أنقل لك عبارات ابن تيمية ، وابن القيم ، فى اعتبار المصالح أصلا من أصول الاستنباط فى الفقه الحنبلى .

أولا — عبارة ابن تيمية

« إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شىء هل هو على الإباحة ، أو التحريم — فلينظر إلى مفسدته ، وثمرته وغايته ، فان كان مشتملا على مفسدة راجحة ظاهرة فانه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته ، بل يقطع أن الشرع يحرمه ، لاسيما إذا كان مفضياً إلى ما يبغضه الله ورسوله[3] .

---

(١) ابن حنبل لفضيلة الشيخ أبو زهرة ٢٩٧ .

(٢) أنظر فى ذلك أيضاً رسالة تعليل الأحكام ٣٧٧ ، المصلحة فى التشريع الاسلامى ٥٦ ، ضوابط المصلحة ٢٧١ .

(٣) انظر المنار المجلد التاسع ٧٦٩ ، فقد نقل الشيخ جمال الدين القاسمى هذه العبارة عن ابن تيمية ، وهو يعلق على شرح الطوفى لحديث لا ضرر ولا ضرار .

ويقول[1] : « ومن استقرأ الشريعة فى مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » ، « فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » ، فكل ما احتاج الناس إليه فى معاشهم ، ولم يكن سببه معصية ، هى ترك واجب ، أو فعل محرم — لم يحرم عليهم ، لأنهم فى معنى المضطر الذى ليس بباغ ولا عاد » .

ثانيا — عبارة ابن القيم

ويقول ابن القيم الحنبلى : « وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط — أمر قد تدعو إليه الضرورة ، أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغنى عنه المكلف »[2] .

ويقول فى بيان جواز انتفاع المرتهن بالرهن فى مقابل نفقته[3] : « وهذا محض القياس ، لولم تأت به السنة الصحيحة وهو يخرج على أصلين . . . الأصل الثانى : أن ذلك معاوضة فى غيبة أحد المعاوضين للحاجة ، والمصلحة الراجحة ، وذلك أولى من الأخذ بالشفعة بغير رضى المشترى ، لأن الضرر فى ترك تلك المعاوضة أعظم من الضرر فى ترك الأخذ بالمنفعة » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن شيوخ الحنابلة يأخذون بالمصالح الضرورية والحاجية ، وإن ما احتاج الناس إليه كافة فى معاشهم ينزل منزلة الضرورة فى حق الأفراد ، وأنهم يعللون بالمصالح الملائمة وإن لم يوجد نص معين يشهد لعينها بالاعتبار .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٩٤ .

(٢) أعلام الموقع ج ٣ ص ٢٨٨ .

(٣) المرجع السابق ج٢ ص ٢٩٣ .

الدليل الثالث : فتاوى أحمد التى اعتمد فيها على المصلحة :

نسب شيوخ المالكية إلى أحمد كثيراً من الفتاوى التى اعتمد فيها على المصلحة التى لا يشهد لها الأصل المعين ، والتى تلائم تصرفات الشرع وتشهد لها نصوصه فى الجملة . ومن هذه الفتاوى فتواه رضى الله عنه بنفى أهل الفساد والدعارة إلى بلد يؤمن فيه من شرهم ، ومنها تغليظ العقوبة على شارب الخمر فى نهار رمضان ، وعلى من يطعن فى الصحابة رضى الله عنهم مع عدم جواز عفو السلطان عن ذلك(١) . كما نسبوا مثل هذه الفتاوى إلى بعض أصحاب أحمد .

وقد خصصنا فرعاً مستقلا لعرض هذه الفتاوى ، وبيان رجوعها إلى المصلحة الملائمة التى اعتبرتها نصوص الشريعة فى الجملة ، فلا داعى للإطالة فى عرض هذه الفتاوى فى هذا الفرع .

المطلب الثانى

رد شبهتين

رأينا أن كتاب الأصول ، وشيوخ الحنابلة ينسبون إلى أحمد القول بالمصالح المرسلة ، كما عرضنا بعض الفروع التى كان سند فتوى أحمد فيها هو المصلحة المرسلة . ونريد الآن أن نوفق بين هذه الحقيقة وبين إغفال ذكر المصالح المرسلة بين أصول أحمد فى الاستنباط ، كما ذكرها أتباعه ، والمخرجون على مذهبه . بل وتصريح بعضهم برد المصالح المرسلة واعتبار القول بها تشريعاً بالرأى المجرد .

أولا : إغفال المصالح المرسلة كأصل من أصول الفتوى عند أحمد :

---

(١) أعلام الموقعين ٤ : ٣٠٣ .

ذكر ابن القيم أصول الفتاوى عند أحمد فقال :[١] «وكانت فتاويه مبنية على خمسة أصول :

أحدها : النصوص ، فإذا وجد النص أفتى بموجبه ، ولم يلتفت إلى ما خالفه ، ولا من خالفه كائناً من كان .

الأصل الثانى من أصول فتاوى أحمد : ما أفتى به الصحابة ، فإنه إذا وجد لبعضهم فتوى ، لا يعرف له مخالفاً منهم فيها لم يعدها إلى غيرها ، ولم يقل إن ذلك إجماع ، بل من ورعه فى العبارة يقول : لا أعلم شيئاً يدفعه ، أو نحو هذا .

الأصل الثالث من أصوله : إذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة ، ولم يخرج عن أقوالهم ، فإذا لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكى الخلاف فيها ، ولم يجزم بقول .

الأصل الرابع : الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف، إذا لم يكن فى الباب شىء يدفعه ، وهو الذى رجحه على القياس ، وليس المراد بالضعيف عنده ، الباطل ولا المنكر ولا مافى روايته منهم بحيث لا يسوغ الذهاب إليه فالعمل به ، بل الحديث الضعيف عنده ، قسيم الصحيح وقسم من أقسام الحسن .

فإذا لم يكن عند الإمام أحمد فى المسألة نص، ولا قول الصحابه أو واحد منهم ، ولا أثر مرسل أو ضعيف عدل إلى الأصل الخامس — وهو القياس — فاستعمله للضرورة .

فأنت ترى من هذا النص أن ابن القيم لم يذكر المصالح المرسلة بين الأصول التى يعتمد عليها الإمام أحمد فى الاجتهاد . فهل يعنى هذا أن الإمام أحمد يرد المصالح المرسلة ، ولا يراها حجة فى التشريع ؟

---

(١) المرجع السابق ١ : ٢٩ .

والجواب على ذلك بالنفى ، ذلك أن القول بالمصالح المرسلة قد اشتهر عنه وصرح به كتاب الأصول وبعض أتباعه كما سبق ، وهو الذى لا يمكن بدونه تبرير بعض الفتاوى التى رويت عنه ، ولا سند لها من النص بحيث تؤخذ الفتوى من لفظه أو من معقوله بطريق القياس ، بمعناه الضيق .

والسبب فى أن ابن القيم لم يذكر المصالح المرسلة ضمن أصول الفتوى عند أحمد يرجع إلى أن ابن القيم يرى أن المصالح الملائمة تدخل فى باب القياس ، وتندرج تحته ، ذلك أن الركن الجوهرى فى القياس هو وجود الأصل الشرعى ، سواء كان هذا الأصل شاهداً لعين المصلحة أو لجنسها بالاعتبار .

فقد قلنا إن القياس بالمعنى الواسع يتضمن إلحاق واقعة غير منصوص على حكمها ، بواقعة أخرى منصوص على حكمها لاشتراكهما فى علة الحكم، سواء أكان هذا الاشتراك بين الواقعتين فى عين تلك العلة أم فى جنسها ، وسواء أكان المقصود هو نقل حكم الأصل إلى الفرع ، أم كان المراد هو نقل حكم من جنس حكم الأصل إلى الفرع .

وتفصيل ذلك : أن بعض الفقهاء يقصرون القياس على نقل حكم بعينه من الأصل إلى الفرع ، وذلك لاشتراك الأصل والفرع فى عين المعنى الذى لأجله شرع حكم الأصل، أو كما عبر عنه الغزالى الشافعى حينما قال، وإنما نعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص، بعلة هى الموجبة فى محل النص . وقد تبنى هذا الرأى الغزالى الشافعى ووافقه على ذلك بعض كتاب الأصول الأحناف ، حيث قرروا أن الاستدلال بالمصالح التى شهدت النصوص باعتبار جنسها فى جنس الحكم ،استدلال بعلة شرعية ثابتة بالرأى ، بمنزلة النص ، أو تعليل بمصالح مبتدأة ، وليست من باب القياس، لأنهم يقصرون المساواة المأخوذة فى تعريف القياس على المساواة فى النوع

دون الجنس فيجب عند هذا الفريق أن يساوى الفرع الأصل فى نوع العلة لا فى جنسها ، وأن يكون الحكم المنقول إلى الفرع هو نوع حكم الأصل وليس حكما من جنسه .

وعلى هذا الاصطلاح تكون المصالح المرسلة غير داخلة فى باب القياس ، ولذلك اضطر هذا الفريق إلى وضع هذا النوع من المصالح تحت اسم خاص هو المصالح المرسلة ، أو ملائم المرسل ، ونصوا على أنه حجة فى التفريع وتشريع الأحكام . وهذا هو صنيع الغزالى رضى الله عنه ، فإنه ذكر المصالح المرسلة بجانب القياس ، وكذلك الأحناف ذكروا العلة الشرعية الثابته بالرأى ، وقرروا أنها حجة فى منزلة النص وليست داخلة فى باب القياس .

وعلى عكس هذا الفريق فإن هناك فريقاً آخر على رأسهم الشافعى رضى الله عنه يجعل للقياس معنى أوسع من المعنى الذى قصره عليه الفريق الأول . وأدخلوا فيه ما يمكن أن يسمى قياس المصالح ، وفيه يوجد فى النازلة المراد معرفة حكمها مصلحة مغايرة للمصلحة الموجودة فى الأصل ولكنهما يدخلان تحت جنس واحد ، ويكون المراد نقل حكم من جنس حكم الأصل للفرع ، وليس حكما من نوعه .

ومثال ذلك إعطاء الشرب حد القذف إقامة لمظنة الشىء مقام نفس الشىء ، والأصل الذى يعتمد عليه الفقيه فى هذه الفتوى هو إقامة الشارع الخلوة بالأجنبية مقام الزنا فى الحرمة .

فهنا نجد أن الفرع لم يشارك الأصل فى عين العلة ، لأن فى الفرع مظنة القذف ، وفى الأصل مظنة زنا ، ولكن الوصفان يدخلان تحت جنس المظنة ، وحكم الفرع مغاير لحكم الأصل ، إذ الأول الجلد ثمانين . والثانى ، هو الحرمة ، ولكن الحكمين يشملهما مطلق حكم .

وبالمثل إذا أفتى الفقيه بجواز انتفاع المرتهن بركوب الدابة المرهونة وشرب لبنها من غير رضى الراهن ، على فرض عدم صحة الخبر الوارد فيه تقديماً للمصلحة الراجحة ، ثم جعل أصل هذه الفتوى نص الشفعة ، وفيها يؤخذ ملك الشخص دون رضاه تقديماً للمصلحة الراجحة . فهنا لا نجد اشتراكا بين الفرع والأصل فى عين العلة ؛ لأن الضرر فى الأصل ضرر الشركة أو الجوار ، وفى الفرع ، ضرر المرتهن فى ترك الوثيقة أو الإنفاق على العين دون رجوع ولكن هذان الضرران يدخلان تحت جنس واحد ، والحكمان مختلفان فى النوعية ولكنهما من جنس واحد . فجواز الأخذ بالشفعة ، وجواز الانتفاع باللبن والركوب حكمان يشملهما جنس واحد ، هو حكم يحقق المصلحة الراجحة ، أو يزيل الضرر الأهم(١) .

وأن المتتبع لفقه الإمام أحمد رضى الله عنه يجده يعنى بالقياس معناه الشامل لحمل الفرع على أصل يشاركه فى جنس علته ، ويراد إعطاء هذا الفرع حكما من جنس حكم الأصل ، يناسب نوع العلة الموجود فى هذا الفرع . وبعبارة أخرى . يستعمل أحمد ابن حنبل القياس بالمعنى الذى يشمل قياس المصالح أو القواعد ، والذى يجمع فيه بين الأصل والفرع مصلحة عامة ، تكون كل من المصلحة التى فى الأصل والفرع أنواعاً لها .

ولقد حملنا على القول بشمول القياس للمصالح الملائمة زيادة على ما تقدم أمران :

---

(١) راجع أعلام الموقعين لابن القيم حيث أجرى هذا القياس فقال ٧ : ٣٩٣ « الأصل الثانى ؛ أن ذلك (جواز الركوب والحلب بالشفعة) معاوضة فى غيبة أحد المعاوضين للحاجة والمصلحة الراجحة ، وذلك أولى من الأخذ بالشفعة بغير رضا المشترى ، لأن الضرر فى ترك هذه المعاوضة أعظم من الضرر فى ترك الأخذ بالشفعة » فأنت تراه يقيس جواز الانتفاع بالركوب والحلب من غير إذن المالك على جواز الأخذ بالشفعة من غير رضا المالك ، وليس بين الفرع والأصل اشتراك فى عين العلة ولا فى عين الحكم .

أحدهما : أن هذه نتيجة لازمة لنسبة القول بالمصالح المرسلة إلى أحمد ابن حنبل ، مع حصر أصول الفتوى عنده على النصوص ، وفتاوى الصحابة والقياس على ذلك .

وثانيهما : بعض الفتاى التي رويت عن أحمد وبعض أصحابه ، والتي لا يمكن أن تخرج مع القول بأن المصلحة ليست أصلا من أصول الفتوى عنه ، إلا على أنها قياس مصلحة أو قياس القواعد ، وقد سبق ذكر بعض هذه الفتاوى .

ثانيا — تصريح ابن تيمية برد المصالح المرسلة

ذكر ابن تيمية طرق الأحكام الشرعية المتفق والمختلف عليها ، فعد منها المصالح المرسلة ، وعرفها ، وذكر رأى من قال بها ، ودليله على الأخذ ، ورأى من يردها مع دليل هذا الرد[١] ، ثم قال :

« والقول بالمصالح المرسلة يشرع من الدين مالم يأذن به الله . وهى تشبه من بعض الوجوه مسألة الاستحسان ، والتحسين العقلى والرأى ونحو ذلك .

---

(١) قال : « المصالح المرسلة . أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة ، وليس فى الشرع ماينفيه . فهذا الطريق فيها خلاف مشهور ، فالفقهاء يسمونها المصالح المرسلة ، ومنهم من يسميها الرأى ، وبعضهم يقرب إليها الاستحسان » ...ثم قال « وهذا فصل عظيم ينبغى الاهتمام به ، فإن من جهته حصل فى الدين اضطراب عظيم ، وكثير من الأمراء والعلماء والعباد رأوا مصالح فاستعملوها بناء على هذا الأصل وقد يكون منها ماهو محظور فى الشرع ولم يعلموه ، وربما قدم على المصالح المبدية كلاماً بخلاف النصوص ، وكثير منهم من أهمل مصالح يجب اعتبارها شرعاً بناء على أن الشرع لم يرد بها ، ففوت واجبات ومستحبات ، أو وقع فى محظورات ومكروهات ، وقد يكون الشرع ورد بذلك ولم يعلمه . وحجة الأول ؛ أن هذه مصلحة ، والشرع لايهمل المصالح ، بل قد دل الكتاب والسنة والإجماع على اعتبارها ، وحجة الثانى ؛ أن هذا أمر لم يرد به الشرع نصاً ولا قياسا » مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ٥ : ٢٢ .

فالاستحسان والاستصلاح متقاربان ، والتحسين العقلى قول بأن العقل يدرك الحسن ... والقول الجامع أن الشريعة لاتهمل مصلحة قط ، بل الله تعالى قد أكمل لنا الدين ، وأتم النعمة ، ما من شيء يقرب إلى الجنة إلا وقد حدثنا به النبي صلى الله عليه وسلم ، وتركنا على البيضاء ليلها كنهارها لايزيغ عنها بعده إلا هالك ، لكن ما اعتقده ، العقل مصلحة وأن كان الشرع لم يرد به فأحد الأمرين لازم له ، إما أن الشرع دل عليه من حيث لم يعلم هذا الناظر ،أو أنه ليس بمصلحة ، أو اعتقده مصلحة لأن المصلحة هى المنفعة الحاصلة أو الغالبة ، وكثيراً ما يتوهم الناس أن الشيء ينفع فى الدين والدنيا ، ويكون فيه منفعة مرجوحة بالمضرة ، كما قال تعالى فى الخمر والميسر (قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما) » .

وأنت ترى أن كلام ابن تيمية منصب على نوع معين من المصالح . ألا وهى المصالح التى يستقل العقل بدركها دون الاعتماد على النصوص الشرعية، ومثل هذا النوع من المصالح ليس بحجة عند أحمد ولا غيره من الأئمة ، كما بيناه مفصلا ، والمصالح التى يقول بها أحمد هى المصالح التى تشهد أصول الشرع الكلية لها . فهى داخلة تحت القياس بمعناه الواسع ، وليست هى المصالح المرسلة التى عناها ابن تيمية بقوله إن «القول بالمصالح المرسلة يشرع من الدين مالم يأذن به الله » وأن التسليم باعتبارها يعنى أن الله قد ترك الناس سدى » وبذلك يندفع مايظهر من عبارة ابن تيمية من أن أحمد بن حنبل يرفض القول بالمصالح المرسلة .

الفرع الثالث

تطبيقات من الفقه الحنبلى على نظرية المصلحة

نعرض فى هذا الفرع طائفة من الفتاوى والفروع فى المذهب الحنبلى ، ومنها يظهر أن الحنابلة يأخذون كغيرهم بالمصالح الملائمة لجنس تصرفات

الشرع ، ويبنون على أساسها الأحكام ، ويفرعون المسائل . وفى كل هذه الفتاوى حرصت كل الحرص على بيان الأصل الكلى الذى تدخل المصلحة الجزئية تحته ، والنصوص التى تشهد لهذا الأصل الكلى بالاعتبار ، حتى أثبت ماسبق أن أكدته غير مرة أن المصلحة المرسلة ليست عملا بالرأى المجرد ، وإنما هى طريق من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، وأن كل مصلحة أفتى بها هؤلاء الأئمة ، تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار . وليست من المصالح المسكوت عنها فى الشرع .

ولقد عرفت المصلحة المرسلة بأنها المصلحة الملائمة ، وقلت إن معنى ملاءمة المصلحة أن تكون داخلة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة من غير نص معين ، وبعبارة أخرى أن تكون راجعة إلى أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته . وعلى هذا فان الفرع (الواقعة) وإن لم يشهد له أصل معين فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه .

وعلى هذا ، فإنه عند عرض أمثلة المصالح المرسلة فى الفقه الحنبلى نذكر الفرع أو الواقعة غير المنصوص على حكمها ، ثم نذكر الأصل الشرعى الذى ترجع إليه هذه الواقعة ، ثم نبين أن الشارع قد اعتبر هذا الأصل الكلى بجملة نصوص ومجموع أدلة .

١ — إذا دعت الحاجة إلى التصرف فى مال الغير أو حقه ، وتعذر استئذانه جاز هذا التصرف .

هذا أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع ، ومأخوذ معناه من أدلته . وعلى هذا فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه . ويجرى فى قوة الاستدلال به مجرى العام المستفاد من الصيغة . فهو

يطبق على كل واقعة يتحقق فيها مناطه ، دون حاجة إلى دليل خاص من نص أو قياس .

ومن النصوص التي أخذ منها هذا الأصل ، حديث عروة بن الجعد البارقي حيث أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً يشترى له به شاة ، فاشترى شاتين بدينار ، فباع إحداهما بدينار ، وجاء بالدينار والشاة الأخرى فباع وأقبض وقبض بغير إذن النبي صلى الله عليه وسلم لتعذر حصوله على هذا الإذن ، وظهور الحاجة إلى هذا التصرف لما فيه من المصلحة الراجحة. وقد أقر النبي عليه السلام تصرفاته هذه ، فكان دليلا على أن كل من تصرف في مال غيره لمصلحة رب المال ، وعدم القدرة على استئذانه فتصرفه ماض صحيح ، ولا يعد متعدياً بهذا التصرف .

ومن المصالح الجزئية التي تدخل تحت هذا الأصل ، ويتحقق فيها مناطه ويعد الاستدلال به على حكمها استدلالا مرسلا ، بحيث يقال إن المصلحة في الفرع لم يشهد لها أصل معين ، وإنما شهد لها أصل كلي مأخوذ من استقراء جملة نصوص ومجموع أدلة ، ما يأتي :

لو رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك تصرفاً جائزاً مشروعاً ، ولا يعد متعدياً بالذبح ، لأن ذلك أولى من تركها تموت . فإن قيل إن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يمنع من ذلك ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، قيل إن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وترك التصرف هنا هو الإضرار .

ومنها لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه، وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك ، ولم يضمن نقب الحائط . أو قصد العدو مال جاره فصالحه ببعضه دفعاً عن بقيته جاز له ، ولم يضمن ما دفعه إليه ، أو وقعت النار في دار جاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسرى إلى بقيتها لم يضمن .

ففى كل هذه الفروع نجد أن المصلحة لم يشهد لها نص معين ، وإنما تدخل تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين(١) .

وهذا الأصل هو الذى يعبر عنه رجال القانون بالفضالة ، والتى عرفتها المادة ١٨٨ من القانون المدنى بقولها : « الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك » ثم بينت المادة ١٩٥ أثر قيام الشخص بهذا العمل بقولها « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية النافعة التى سوغتها الظروف . . وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله ، إلا أن يكون من أعمال مهنته » .

٢ — كل فعل لا ضرر فيه على فاعله ، وفى المنع منه ضرر بآخر ، أجبر عليه الشخص إذا امتنع منه .

هذا أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، وهو ملائم لتصرفات الشرع ومأخوذ معناه من مجموع أدلته ، وعلى هذا فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع

---

(١) راجع أعلام الموقعين حـ ٢ ص ٣٩٣ ، القواعد لابن رجب ص ٤١٧ حيث يقول : التصرفات للغير بدون إذنه . . أقسام القسم الأول . أن تدعو الحاجة إلى التصرف فى مال الغير أو حقه ، ويتعذر استئذانه أما للجهل بعينه ، أو لغيبته ومشقة انتظاره ، فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة ، وهو فى الأموال غير مختلف فيه فى المذهب « . . ثم خرج على هذه المصلحة الـكلية تزوج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك ، فان امرأته تتربص أربع سنين ثم تعتد وتباح للازواج .

وقال : فى توقف ذلك على الحاكم روايتان ، قال : ومأخذ ذلك أن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فسخ نكاحه . . وله مأخذ ثالث وهو الأظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف فى حقه من يضم الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ .

إليه . وكل مصلحة جزئية تدخل تحته تكون مصلحة ملائمة لشهادة ذلك الأصل لها ، فهى نوع من المصالح ، وهذا الأصل جنس لها ، وهو جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، وذلك بإيراد الفروع على وفقه ، والالتفات إليه فى التشريع .

ومن الفروع التى أوردها الشارع على وفق هذا الأصل ، واعتبرت شاهدة له بالاعتبار حكم الشارع بالشفعة للشريك ، فإنه لما كان البيع للشريك لا ضرر فيه على المالك ، وفى الامتناع عنه إضرار بالشريك أجبر عليه المالك . وفى هذا يقول ابن القيم : « فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وكان هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد »[١] .

ويقول : « فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، إذ فى ذلك إزالة ضرره ، مع عدم تضرر صاحبه ، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ، ويصل هذا إلى استبداده بالبيع فيزول الضرر عنهما جميعاً »[٢] ، ويقول « إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه ، لما فيه من الظلم له والإضرار به ، فأما ما لا يتضمن ظلماً ولا إضراراً بل مصلحة له بإعطائه الثمن فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه ، بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فإن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة وإن لم يرض صاحب المال »[٣] .

ومن الفروع التى أوردها الشارع على وفق هذا الأصل أيضاً ، واعتبرت

---

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢ .

(٢) المرجع السابق ص ١٢١ .

(٣) المرجع السابق ص ١٢٣ .

شاهدة له بالاعتبار نهى النبي عليه الصلاة والسلام الرجل من أن يمنع جاره من وضع خشبته على جداره ، فإن وضع الخشبة هنا ليس فيه ضرر على صاحب الجدار ، وفى المنع منه ضرر على الجار ، فأجبر الشخص عليه .

ويدخل تحت هذا الأصل إجبار مالك الأرض على إمرار الماء فيها لجاره مادام ذلك لا يضره ، والمنع منه يضر بالجار ، وبذلك أفتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه . فالفتوى بإمرار الماء فى أرض الجار فتوى على أساس المصلحة المرسلة التى لم يشهد لها نص معين ، ولكنها ملائمة لتصرفات الشارع ، وداخلة تحت جنس اعتبرته النصوص فى الجملة .

٣ – كل ماتدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ولاضرر فى بذله لتيسره ، وكثرة وجوده ، أو من المنافع المحتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض .

هذه مصلحة كلية شهدت لها النصوص فى الجملة ، فهى إذن جنس اعتبره الشارع وكل واقعة جزئية لا نص فيها ، وتحقق فيها مناطها ، حكم فيها بحكم هذه القاعدة ، وكانت المصلحة فيها مصلحة ملائمة لهذا الأصل ، وداخلة تحت ذلك الجنس .

أما شواهد الأصل الكلى أو المصلحة الكلية فهى ماثبت فى صحيح مسلم من النهى عن بيع الهر . وما روى من النهى عن منع الجار جاره من وضع الخشبة على جداره ، وما روى من النهى عن منع الماء ليمنع به الكلأ .

ومن الفروع التى أخذ فيها الحنابلة بالمصلحة المرسلة الملائمة الداخلة تحت هذا الأصل على مايقوله ابن رجب « إعارة الحلى فظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه ، واختار بعضهم وجوب بذل الماعون ، وإعارة الفحل للضراب . . وضيافة المجتازين المذهب وجوبها »(١).

---

(١) القواعد لابن رجب ٢٢٨ .

فالحكم فى هذه الوقائع كان لمصلحة لم يشهد لها نص معين ، ولكنها داخلة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين .

٤ ــ أفتى الحنابلة بالفتاوى الآتية بناء على المصلحة المرسلة :

١ ــ الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب ، أو إخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة .

٢ ــ المطلق فى مرضه لايقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه إلا أن تنتفى التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان عندهم .

٣ ــ قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين عندهم .

٤ ــ السكران بشرب الخمر عمداً يجعل كالصاحى فى أقواله وأفعاله فيما عليه من المشهور من المذهب .

٥ ــ تخليل الخمر لايفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح .

٦ ــ الغال فى الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين .

٧ ــ من تزوج امرأة فى عدتها حرمت عليه على التأبيد على رواية .

٨ ــ من تزوجت بعبدها فإنه يحرم عليها على التأبيد كما روى عن عمر رضى الله عنه نص عليه أحمد .

٩ ــ من اصطاد صيداً قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له ، وإن تحلل، حتى يرسله ويطلقه .

١٠ ــ إذا قتل الغريم غريمه فإنه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة من الأصحاب . ويتخرج فيه وجه آخر أنه لايحل طرداً للقاعدة .

هذه فتاوى عشر كان سند الفتوى فيها المصلحة المرسلة ، ذلك أن

المصلحة فى هذه الفروع لم يشهد لها نص معين حتى يمكن القياس عليه ، ولكن شهدت لجنس هذه المصالح نصوص الشريعة فى الجملة ، فهذه الفروع وإن لم يعتبرها النص المعين ، فقد شهد لها أصل كلى يعبر عنه ابن رجب بقوله « من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجب على وجه محرم ، وكان مما تدعو النفوس إليه ألغى ذلك السبب ، وصار وجوده كالعدم ، ولم يترتب عليه أحكامه »(١) . وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة وإنما أخذت هذه المصلحة الكلية أو الأصل الشرعى من مصادر الشريعة وموارده ا . وأهم النصوص التى تشهد لهذه المصلحة هو منع الشارع القاتل من الميراث فإن القتل سبب يفيد الملك للقاتل بالميراث ، وهو مما تدعو إليه النفوس ، وقد كان قتل الوارث مورثه فعلا محرماً ، فلم يترتب على هذا السبب أثره ، وبعبارة أخرى ، فإن الموت وإن كان سبباً للميراث ، فإنه لما وقع هذا السبب على وجه محرم ، كان كالعدم ولم يترتب عليه أثره . وبذلك يكون الشارع قد اعتبر هذا الجنس بإيراده هذا الفرع على وفقه ، فمنع القاتل الميراث دليل على اعتبار الشارع أن السبب تبطل سببيته ، إذا أتى المكلف به على وجه محرم » .

وقد عبر المالكية عن هذا الأصل بقولهم « إذا قصد المكلف بالسبب الممنوع ما يتبعه من المصلحة عوقب بنقيض قصده »(٢) .

---

(١) القواعد لابن رجب ٢٢٩ .

(٢) الموافقات حـ ١ ص ٢٠٨ يقول الشاطبى « والثانى . أن يقصد توابع السبب ، وهى التى تعود عليه بالمصلحة ضمناً ، كالوارث يقتل المورث ليحصل له الميراث ، والموصى له يقتل الموصى ليحصل له الموصى به ، والغاصب يقصد ملك المغصوب فيغيره ليضمن قيمته ويتملكه ، وأشباه ذلك . فهذا التسبب باطل ؛ لأن الشارع لم يتم تلك الأشياء فى خطاب التكليف ليحصل بها فى خطاب الوضع مصلحة ؛ فليست إذن بمشروعة فى ذلك التسبب . ولكن يبقى النظر ؛ هل يعتبر فى ذلك التسبب المخصوص كونه مناقضاً فى القصد لقصد الشارع عيناً ؛ حتى لا يترتب عليه ما قصده المتسبب . فتنشأ قاعدة المعاملة بنقيض المقصود ؛ ويطلق الحكم باعتبارها إذا =

٥ — يقول ابن رجب « تعتبر الأسباب فى عقود التمليكات ، كما تعتبر فى الإيمان(١) » ومعنى هذه المصلحة الكلية أن السبب الباعث على العقد الذى يفيد الملك يعتبر فى الحكم على صحة العقد وبطلانه ، وتحديد نطاقه ، فالسبب الذى دعا المتعاقد إلى العقد ، والذى يظهر من ظروف العقد والقرائن المحتفة به هو المحكم ، كما هو الحال بالنسبة إلى الأيمان وغيرها من الأعمال والتصرفات .

وهذا أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكن أخذ معناه من مجموع أدلة الشريعة ، بحيث أعطت هذه الأدلة معنى القطع فيه . ولقد أفتى الحنابلة فى بعض النوازل التى عريت عن النص الشرعى ، بناء على أن الحكم فى هذه النوازل يحقق مصلحة لم يشهد لها نص معين ، ولكنها داخلة تحت هذا الجنس الذى اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين .

يقول ابن رجب « ويخرج على هذا مسائل متعددة : منها مسائل العينة ومنها هدية المقترض قبل الأداء فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة ، ومنها هدية المشركين لأمير الجيش فإنه لا يختص بها على المذهب بل هى غنيمة أو فىء على اختلاف الأصحاب ، ومنها هدايا العمال ، قال أحمد فى الهدايا التى تهدى للأمير فيعطى منها الرجل ، قال هذا هو الغلول ، ومنع الأصحاب

= تعين ذلك القصد المفروض ؟ وهو مقتضى الحديث فى حرمان القاتل الميراث : ومقتضى الفقه فى حديث المنع من جمع المفترق وتفريق المجتمع خشية الصدقة ، وكذلك ميراث المبتوتة فى المرض ، أو تأبيد التحريم على من نكح فى العدة ؟ إلى كثير من هذا . أو يعتبر جعل الشارع ذلك سبباً للمصلحة المترتبة ولا يؤثر فى ذلك قصد هذا القاصد ؟ هذا مجال للمجتهدين فيه اتساع نظر ؟ ولا سبيل إلى القطع بأحد الأمرين ، فلنقبض عنان الكلام فيه » بل أن الشاطبى أجرى ذلك فى الشروط أيضاً ، فقرر أن المكلف إذا فعل الشرط الذى يتوقف عليه إعمال السبب بقصد إعمال السبب لتحقيق مقصود مناقض لمقصود الشارع ؟ أو ترك الشرط الذى يتوقف على تركه إعمال السبب بهذا القصد أيضاً ؟ فإن فعل الشرط أو تركه طل لا يترتب عليه أثر ؟ والسبب يعمل على فرض عدم وقوع الشرط فى الحالة الأولى ؟ وعلى فرض وقوعه فى الثانية راجع الموافقات حـ ١ ص ٢٧٤ .

(١) القواعد لابن رجب ٣٢١ .

من قبول القاضى هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته ، ومنها هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه أحمد ، ومنها الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز ، لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليها » .

فسند الفتوى فى كل هذه الفروع مصلحة مرسلة ، أى مصلحة لم يشهد النص لعينها حتى تكون ثابتة بطريق القياس ، وإنما هى مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وراجعة إلى أصل اعتبره الشارع فى الجملة . ذلك الأصل هو أن التصرف يفسر ، وتجرى أحكامه ، بناء على السبب الباعث الذى دفع العاقد إلى التعاقد ، فإذا كان الباعث حراماً كقصد الربا ، فإن إعمال هذا الباعث يقضى ببطلان بيع العينة وهدية المقترض ، وإذا كان السبب الباعث للمشركين على إهداء الأمير أنه أمير الجيش وليس شخصاً عادياً ، كان ما أخذه جزءا من الغنائم ، وإذا كان الباعث الدافع لصاحب الحاجة إلى أن يهدى القاضى أو العامل هو قضاء حاجته أو الحكم لصالحه ، فإن هذا السبب الباعث الدافع يقضى بحرمة هذه الهدية . وهكذا فإننا نحكم الباعث الدافع إلى الفعل دائماً ولا ننظر فقط إلى الظاهر ، والمهم أن هذا السبب لا بد أن يظهر إما من القرائن المحيطة كالهدية للدائن ممن لم تجر له عادة بالإهداء ، وكالإهداء لأمير الجيش ، أو يثبت بغير ذلك من الأدلة .

وفى بيان قيمة السبب الباعث أو القصد فى العقود يقول ابن القيم « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصود فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها »(١) .

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٠٦ .

ويقول «وقاعدة الشريعة التى لايجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات والعبارات، كما هى معتبرة فى التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية، كما أن القصد فى العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة، صحيحة أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر»[1].

وإنما كان هذا الأصل ملاك ما لتصرفات الشارع لأن الشارع أورد الفروع على وفقه، والتفت إليه فى التفريع وتشريع الأحكام. فقد ورد النهى عن بيع العينة، وعن هدية الديان، وذلك التفاتاً إلى السبب الباعث، فكان الالتفات إليه فى جميع الأبواب كذلك، وهذا هو شأن المصالح المرسلة، فإنه لما أقام الشارع الخلوة بالأجنبية مقام الزنا فى الحرمة، ومقام الوطء فى إيجاب نصف الصداق، وأقام الإيلاج مقام الإنزال فى أحكام كثيرة، وجعل حافر البئر فى محل العدوان كالمردى فيها، حكمنا بإقامة المظنة مقام المظنون أصلا كلياً وقاعدة مطردة، وحكمنا بإقامة مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف، فأعطينا حكم القذف وهو الجلد ثمانين للشرب.

ولما رأينا الشارع فى تصرفاته يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فى المنع من تلقى الركبان، ومن بيع الحاضر للبادى، وفى الحدود والقصاص، ووجوب الجهاد، وغير ذلك مما فيه تفويت مصلحة خاصة لحفظ مصلحة عامة، قلنا بذلك أصلا كلياً، وقاعدة مطردة، فضمنا الصناع، وإن أمكن عدم خيانة البعض تقديماً لمصلحة عامة لأرباب السلع، وأجزنا إتلاف ما حصلت به الجريمة من الأموال، تحصيلا للمصلحة العامة أيضاً.

ولما وجدنا الشارع يقدم المصلحة الأصلية على المصلحة المكملة عند التعارض قدمنا مصلحة إقامة الإمام، على مصلحة توافر الاجتهاد فيه إذا

---

(١) المرجع السابق ص ١٠٨.

خلا الزمان عن مجتهد ، وهكذا فالمصلحة المرسلة تعنى أصلا كلياً اعتبره الشارع بأن أورد الفروع على وفقه ، وشهدت له نصوصه فى الجملة ، ثم فرعا لا نص على حكمه ، يدخل تحت هذا الأصل ، ويندرج تحت ذلك الكلى ، ويكون فرداً من أفراد هذا العموم الاستقرائى .

٦ — أفتى بعض الحنابلة بأن التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة ، إذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه ، وإنما تقدم الغرماء مطالبين بديونهم ، فإن هذه التصرفات لا تنفذ فى حق الدائنين ما دامت قد وقعت بعد المطالبة ، أى بعد رفع دعوى الحجر وقبل صدور الحكم به .

وهذه الفتوى لا سند لها من نص يدل عليها بلفظه ، ولا يشهد لوجه المصلحة فيها نص معين ، يمكن قياسها عليه ، ولكنها مصلحة راجعة إلى جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين .

ودليل هذا الاعتبار ما نص عليه أحمد رحمه الله فى رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف أوصدقة وأبواه محتاجان أن لهما رده ، واحتج بالحديث المروى فى ذلك ، كما أنه قد نص على أن من أوصى لأجانب وله أقارب محتاجون الوصية ترد عليهم ، فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث أو دين ليس له وفاء أنه يرد... ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله ، قال : هذا مردود ، لوكان فى حياته لم أجوز له إذا كان له ولد[1].

فعدم نفاذ التبرع الصادر من المدين بعد رفع الدعوى بطلب الحجر ، وقبل صدور الحكم بالتفليس مصلحة لم يشهد لها نص معين ، حتى يمكن القياس عليه ، ولكنها مصلحة ملائمة لجنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير

---

(١) القواعد لابن رجب ١٤ .

دليل معين ، فالحديث الذى جعل التبرع مع حاجة الوالدين إلى المال المتبرع به مردوداً وغير نافذ ، قد شهد بأن كل من وجب عليه حق لايجوز له أن يتبرع بما يضر صاحب هذا الحق ، فالوالدان لهما على الولد حق النفقة ، فإذا تبرع وهما فى حاجة إلى ما تبرع به ، رد تبرعه ولم ينفذ فى حقهما ، لأن فيه إضراراً بهما . فكذلك الحال بالنسبة لكل حق ، فإن الدين أصبح واجب الأداء بعد مطالبة الغرماء ، فالتبرع بعد ذلك إضرار بالدائن ، وتقديم للنفل على الواجب فلا ينفذ فى حق الدائنين .

فأحمد رضى الله عنه أخذ النص فى التبرع مع حاجة الوالدين وعمم الحكم والعلة فيه ، فجعله شاملا لكل تبرع يضر بشخص له على المتبرع حق واجب ، كما فعل الشافعى فى حديث منع فضل الماء ليمنع به الكلأ ، فإن الحديث وإن جاء فى واقعة خاصة هى منع الماء ، فإن الشافعى قد عممه فقال : وفى منع الماء ليمنع به الكلأ الذى هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين : أحدهما أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله . قال الشافعى : فإن كان هذا هكذا ففى هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام »(١) .

فإن نص الحديث إنما ورد فى المنع من الماء ليمنع به الكلأ فعمم الشافعى حكم هذا الحديث ، وجعل كل ذريعة إلى محرم حراماً ، فمنع الكلأ حرام لأنه منع لفضل الله الذى جعله للناس عامة ، والمنع من فضل الماء ذريعة إلى منع هذا الحلال ، أو حصول هذا الحرام ، فمنع منه ، ثم قلنا بأن كل ذريعة إلى الحلال أو الحرام . فهى فى معنى الحلال أو الحرام . وكذلك فعل أحمد فى الحديث الذى رواه فى التبرع مع حاجة الوالدين ، عممه فى كل من تبرع وعليه واجب ، فإن تبرعه لاينفذ فى حق صاحب الحق إذا كان يتضرر به ، وبعد ذلك طبق هذا الأصل على كل نازلة جديدة يراد معرفة حكمها .

---

(١) الأم جـ ٣ ص ٢٧٢ .

وهذه الواقعة لا تشارك الواقعة التى حكم النص فيها فى عين العلة ، وليس المراد أن ينقل إليها عين الحكم الذى فى الواقعة المنصوصة ، وإنما هما يشتركان فى جنس المصلحة ، وجنس الحكم ، فالمصلحة فى الواقعة الجديدة ، والواقعة المنصوص عليها ، متغايرتان ، ولكنهما من جنس واحد . والحكم فى الواقعة الجديدة والواقعة المنصوصة متغايران ، ولكن يجمعهما جنس واحد ففى الواقعة المنصوصة ، لم ينفذ التصرف فى حق الوالدين ، وفى الواقعة الجديدة لم ينفذ فى حق الدائنين ، والمصلحة هى حماية حق الوالدين فى الأولى، وحق الدائنين فى الثانية .

٧ — أفتى الحنابلة بأنه إذا تهدم الحائط المشترك فالمذهب إجبار الممتنع من الشريكين على البناء مع الآخر . وأنه إذا انهدم السقف الذى بين سفل أحدهما وعلو الآخر فذكر الأصحاب فى الإجبار روايتين ، والمنصوص ها هنا أنه إن انكسر خشبه فيه فبناؤه بينهما ، لأن المنفعة لهما جميعاً ، وظاهره الإجبار ، وأن القناة المشتركة إذا انهدمت فقد نص أحمد على الإجبار على العمارة ، وأن ما يقبل القسمة من الأعيان إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها ، وعلى التزام كلفها ومؤنها لتكميل نفع الشريك ، فأما مالا يقبل القسمة ، فإنه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك ، وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال : كل قسمة منها ضرر لا أرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض فى قسمتها ضرر ، ويقال لصاحبها إما أن تشترى ، وإما أن تترك إذا كان هذا ضرراً .

فى كل هذه الفروع نجد أن المالك يجبر على المعاوضة ، وذلك رفعاً لضرر الشريك ، فالشريك الذى يتضرر من انهدام القناة أو الجدار ، ويتعذر عليه الانتفاع بملكه ، يستطيع أن يجبر الشريك على أن يعاوض ومعنى هذا أن الشريك يدفع أجرة الإصلاحات اللازمة ، أو أجرة إعادة

بناء الحائط أو حفر القناة ، فهو إذن مجبر على الالتزام بأن يتعاقد مع صانع على أن يصلح الجدار أو يعيد بناء البئر ، وإذا لم يفعل فللشريك الآخر أن يجرى المعاوضة ويمنعه من استعمال حقه حتى يدفع نصيبه من النفقات . وكذلك يجبر المالك على بيع ملكه الذى لا يمكن قسمته دون ضرره ، دفعاً للضرر عن شريكه ، فإن امتنع أجبره الحاكم . والنوازل السابقة غير منصوص على حكمها والمصلحة فيها غير مشهود لعينها بالاعتبار ، ولكنها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وذلك لأنها داخلة تحت جنس اعتبره الشارع ، وراجعة إلى أصل كلى ، أخذ معناه من أدلة الشرع ، واستقرىء من مجموع نصوصه ، ذلك الأصل هو أن الاجبار على المعاوضات لإزالة الضرر مقصود شرعاً . فقد أجبر الشارع المالك على البيع للجار أو للشريك الطالب للشفعة ، وهو إجبار على المعاوضة لإزالة الضرر ، وطلب من صاحب النخلة التى كانت فى ملك آخر أن يبيعها منه أو يهبها إياه ، فلما امتنع قال له النبى عليه السلام أنت مضار ، وأجاز لصاحب الأرض أن يقلع النخلة(١) .

فأحمد أخذ هذه الفتوى على أنها شاهد لأصل كلى ، وعام استقرائى ، مفاده أن الإجبار على المعاوضة جائز لدفع ظلم أو منع ضرر ، أو بعبارة أخرى جائز للحاجة أو الضرورة ، وإن كان الأصل أن ملك الشخص لا ينتقل عنه إلا برضاه .

---

(١) ذكر ابن رجب أن من كان فى أرضه نخلة لغيره فلحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد فى رواية حنبل ذكر له الحديث الذى ورد فى ذلك وأن النبى عليه السلام أمر صاحبها أن يبيع فأبى ... فأمره أن يهب فأبى ، فقال النبى عليه السلام ؛ أنت مضار ، اذهب فاقلع نخله ، قال أحمد ؛ كلما كان على هذه الجهة ، وفيه ضرر يمنع من ذلك ، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان ، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه مرفق والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود فى السنن فالأمر بالقلع إنما كان عند الإصرار على المضارة والامتناع من قبول ما يدفع ضرر المالك » القواعد لابن رجب ١٤٠ .

ومن الفتاوى التى ترجع إلى هذا الأصل الشرعى ما نسب لأتباع أحمد رضى الله عنه من أنه يجوز إجبار المالك على أن يسكن فى ملكه من لامأوى له ، إذا كان فيه فراغ يتسع له . قال ابن القيم « فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى فى بيت إنسان لا يجدون سواه ، أو النزول فى خان مملوك . . . وجب على صاحبه بذله بلا نزاع، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ؟ فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد . ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل»(١) .

وقد قرر ابن القيم أن هذه الفتوى سندها المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وبين الأصل الذى تدخل هذه المصلحة الجزئية تحته ، ثم ذكر الشاهد بالاعتبار لهذا الأصل الكلى فقال :

« وقد ثبت فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل فى عتق الحصة من العبد المشترك فقال : من أعتق شركا له فى عبد، وكان له من المال مايبلغ ثمن العبد ، قوم عليه قيمة عدل لاوكس ولا شطط، فأعطى شركاؤه حصصهم ، وعتق عليه العبد . . . وصار هذا الحديث أصلا فى جواز إخراج الشىء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة ، كما فى الشفعة»(٢) .

ومن الفتاوى التى كان سندها المصلحة المرسلة التى تدخل تحت هذا الأصل ما ذكره ابن القيم من أن الناس إذا احتاجوا إلى صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك ، فلولى الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، يقول ابن القيم : « فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك »(٣)، ويقول « فالمقصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات كالفلاحين وغيرهم،

(١) الطرق الحكمية ٢٣٩ .
(٢) المرجع السابق ٢٣٨ .
(٣) الطرق الحكمية ٢٢٦ .

إجبروا على ذلك بأجرة المثل ، وهذا من التسعير الواجب ، فهذا التسعير فى الأعمال»(١).

ثم يبين ابن القيم وجه رجوع هذه المصلحة إلى كلى شرعى مأخوذ من نصوص الشريعة فيقول . «وفى السنن أن رجلا كانت له شجرة فى أرض غيره ، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمره أن يقبل بدلها ، أو يتبرع له بها ، فلم يفعل ، فإذن لصاحب الأرض أن يقلعها ، وقال لصاحب الشجرة إنما أنت مضار ... وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يقلعها لما فى ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة:، وإن كان عليه فى ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها فى بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما . فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه . والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشترى ، وأين حاجة هذا فى حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره ،والحكم فى المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها كمنافع الدور والطحن والخبز وغير ذلك حكم المعاوضة على الأعيان »(٢) .

فإجبار المالك على أن يسكن فى ملكه من تدعو الحاجة إلى سكناه ، مع أخذ الأجرة العادلة دون استغلال حاجة المحتاج ، وإجبار أرباب المهن الذين يحتاج الناس إليهم ، مع تحديد أجرة عادلة ، مصلحة ملائمة لتصرفات الشرع ، وراجعة إلى أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكنه مأخوذ باستقراء نصوص الشريعة ، وتتبع أحكامها .

وخلاصة القول إن القول بجواز إخراج الشىء من ملك صاحبه

---

(١) المرجع السابق ٢٣٢ .

(٢) المرجع السابق ٢٤٣ .

للمصلحة الراجحة ، وكذلك القول بإلزام صاحب الصنعة على بذل عمله لمن يحتاج إليه بأجرة عادلة ، ويجمعهما ، الإجبار على المعاوضة لإزالة الضرر ، أو لتحصيل المصلحة الراجحة ، أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع ، ومأخوذ معناه من أدلته ، وعلى ذلك فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، ويجرى فى قوة الاحتجاج به ، والتفريع على وفقه مجرى العموم المستفاد من الصيغة ، وبذلك يطبق على كل واقعة غير منصوص على حكمها ، إذا تحقق فيها مناط هذا الأصل الكلى ، أو كانت فرداً من أفراد هذا العام الاستقرائى ، دون حاجة إلى نص خاص يدل على حكمها لفظاً ، أو يؤخذ حكمها من معقوله بطريق القياس الذى يفترض أن يساوى فيه الفرع الأصل فى عين الحكم والعلة .

ومن المصالح الجزئية الراجعة إلى هذه المصلحة الكلية جواز التسعير إذا تعدى التجار ثمن المثل واستغلوا حاجة الناس إلى ما بأيديهم من السلع. فإنهم يجبرون على المعاوضة للمصلحة الراجحة ، أو لرفع الضرر العام ، وأما إذا كان التجار يبيعون بأسعار عادلة أملتها ظروف العرض والطلب ، ولم يكن نتيجة تدخل منهم بقصد الاستغلال والحصول على الربح المحرم فإنه ليست هناك حاجة إلى التسعير ، لأن التسعير فى هذه الحالة لا يرفع ظلماً عن طائفة المستهلكين ، وإنما يوقع الظلم على التجار ، والشارع لا يريد ظلم طائفة على حساب طائفة أخرى . وبذلك لا يتحقق فيه مناط المصلحة الكلية ، لأن مضمون هذه المصلحة أن الإجبار على المعاوضة يجوز للمصلحة الراجحة ، أو لدفع الظلم . أو لمنع الضرر الأكبر ، وكل هذا لا يتحقق إذا كان التجار يبيعون بالأسعار العادلة ، دون تعد أو جشع .

يقول ابن القيم(١): « وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو

(١) الطرق الحكمية ٢٢٣ .

عدل جائز ، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب .

فأما القسم الأول . فمثل ما روى أنس قال . علا السعر على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يارسول الله لو سعرت لنا . فقال : إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال . رواه أبو داود والترمذى وصححه ، فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف فى غير ظلم منهم ، وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء ، وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله ، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق ، وأما الثانى فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به »[1] .

ولقد تكلم ابن القيم بعد ذلك عن بعض أحكام التسعير ، وذكر مواضع الخلاف والاتفاق بين الأئمة فيه ، ثم خرج من ذلك بأن الخلاف بين الفقهاء إنما هو فى غير حالة الضرورة ، والحاجة العامة منزلة منزلة الضرورة ، إذ أن الكل متفق على جوازه فى تلك الحالة الأخيرة .

وقد ذكر ابن القيم صورتين للتسعير الذى وقع الخلاف فيه . أولاهما ، إذا أراد بعض التجار أن يبيع بسعر أقل مما يبيع به عامة أهل السوق ، وهذه الصورة تدخل تحت ما يقال له المنافسة غير المشروعة ، والضرر فيها ليس واقعاً على عامة الناس مباشرة ، وإنما على التجار فرد أو عدد محصور منهم ،

---

(١) المرجع السابق ٢٢٤ .

والغالب أن هذا الفعل يقصد به القضاء على المنافس حتى يترك الاتجار فى السلعة ثم يتحكم فى السوق بعد ذلك كما يشاء ، فالإرخاص وأن كان ظاهراً فى مصلحة جمهور المشترين ، إلا أنه مظنة وذريعة إلى مفسدة أكبر ، وهنا يوازن الفقيه بين مصلحة عاجلة ، فى أرخاص السلعة ، وضرر آجل أشد كثيراً من المصلحة الواقعة ، وعندئذ يقدم رفع الضرر الكبير المتوقع من منع ذلك التاجر من البيع بسعر يقل كثيراً عن سعر أهل السوق .

وقد قال ابن القيم أن مالكا رضى الله عنه ممن يرى منع البائع من البيع بأقل من سعر الجمهور ، واعتبره من باب المنافسة غير المشروعة التى يربو ضررها المتوقع على مصلحتها العاجلة ، وقد احتج مالك رحمه الله بما رواه فى موطئه أن عمر بن الخطاب مر بحاطب ابن أبى بلتعة ، وهو يبيع زبيباً له بالسوق ، فقال له عمر ، إما أن تزيد فى السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا . قال مالك لو أن رجلا أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس رأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت(١).

وثانية الصورتين اللتين وقع الخلاف فيهما ، أن يحد لأهل السوق سعراً لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب ، وهذا قد منع منه الجمهور حتى مالك رضى الله عنه . لكن أشهب من شيوخ المالكية ينسب إلى مالك فى صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن بكذا ، ولحم الابل بكذا وإلا خرجوا من السوق ، قال : إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم ، فلا بأس به ، ولكن لا يأمرهم أن يقوموا من السوق . ثم رجح ابن القيم رأى الجمهور فى المنع من التسعير فى هذه الحالة .

وأخيراً ، بين ابن القيم موضع الوفاق فى مسألة التسعير فقال(٢) :

---

(١) الطرق الحكمية ٢٢٣ .

(٢) الطرق الحكمية ٢٣٧ .

« قال : شيخنا : فهذا الذى تنازعوا فيه ، وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه ، فهنا يؤمرون بالواجب ، ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع ، ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله هو المسعر القابض الباسط وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال . قيل له هذه قضية معينة ، وليست لفظاً عاماً ، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه ، فإذا بذله صاحبه ، كما جرت به العادة ولكن الناس تزايدوا فيه فهنا لا يسعر عليهم »(١).

ولقد نقل ابن القيم عن ابن حبيب من المالكية طريقة التسعير فقال :

وأما صفة ذلك عند من جوزه ، فقال ابن حبيب ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به ، ولا يجبر على التسعير ، ولكن عن رضى . قال أبو الوليد الباجى : ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشترين ، ويجعل للباعة فى ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سعر عليهم من غير رضى بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى إفساد الأسعار ، وإخفاء الأقوات ، وإتلاف أموال الناس »(٢).

فنى هذا النص نجد الفقه الإسلامى ممثلا فى مذهب مالك يسبق إلى الكلام على التسعيرة الودية ، ولجان التسعير المتخصصة ، ومشكلة إفساد الأسعار ، والسوق السوداء وأسباب ذلك وعلاجه . كما نجد الفقه الإسلامى يفرق بين صور ثلاث من التسعير : الصورة الأولى، تدخل كما قلنا تحت مبدأ

---

(١) المرجع السابق ٢٣٨ .
(٢) الطرق الحكمية ٢٣٧ .

المنافسة غير المشروعة وذلك إذا باع التاجر بسعر أقل مما عليه جمهور التجار ، والصورة الثانية ، هى تحديد سعر لا يبيع العامة بأقل منه ، أى سياسة عامة للأسعار مقدماً ، دون أن تكون هناك ضرورة أملت هذا النظام العام مقدماً . ويرى ابن القيم أن المالكية يرون ذلك مصلحة أيضاً مع القيود التى سبق أن ذكرها ابن حبيب ، من اللجان المتخصصة ، إلى الموازنة بين العرض والطلب حتى يكون التسعير محققاً ربحاً مجزياً للتاجر ، فلا يتلاعب بالأسعار ويخفى السلع وتكون السوق السوداء التى ضررها أشد من ضرر ترك التسعير ، والصورة الثالثة القرارات الفردية فى حالات الضرورة ،وبالنسبة لوقائع خاصة، وذلك إذا امتنع أحد من بيع ما يجب عليه بيعه للمصلحة ، وهذا لا محل للخلاف فيه ، وهو أن الشخص يؤمر بالبيع بالسعر العدل ، وتفرض عقوبة للمخالف .

وبذلك يكون الفقه الإسلامى قد عالج مشكلة تحديد الأسعار والأجور ، وساعات العمل ، والبيع الإجبارى ، وعقوبة المتلاعبين بأقوات المسلمين علاجاً حاسماً .

ومن تطبيقات هذا الأصل منع المنافسة غير المشروعة فقد أفتى الحنابلة أيضاً بالمنع من كل صور المنافسة غير المشروعة ، والتى تؤدى إلى التحكم فى أقوات الناس ، وتمنع من المنافسة الحرة فى التجارة يقول ابن القيم[١]:

« ومن أقبح الظلم إيجار الحانوت على الطريق أو فى القرية بأجرة معينة على ألا يبيع أحد غيره ، فهذا ظلم حرام على المؤجر والمستأجر ، وهو نوع من أخذ أموال الناس قهراً ، وأكلها بالباطل ، وفاعله قد تحجر واسعاً ، فيخاف عليه أن يحجر الله عليه رحمته كما حجر على الناس فضله ورزقه » .

---

(١) الطرق الحكمية ٢٢٤ .

ومن ذلك أن يلزم الناس ألا يبيع الطعام أوغيره من الأصناف إلا أناس معروفون فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها هم بما يريدون ، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب فهذا من البغى فى الأرض والفساد والظلم، وهؤلاء يجب التسعير عليهم ، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا تردد فى ذلك عند أحد من العلماء(١).

« ومن ههنا منع غير واحد من العلماء كأبى حنيفة وأصحابه القاسمين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتركوا ، فإنهم إذا اشتركوا والناس يحتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة ، قلت : وكذلك ينبغى لوالى الحسبة أن يمنع مغسلى الموتى والحمالين من الاشتراك لما فى ذلك من إغلاء الأجرة عليهم وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم كالدلالين وغيرهم .. والمقصود أنه إذا منع القاسمون ونحوهم من الشركة لما فيه من التواطؤ على إغلاء الأجرة فمنع البائعين الذين تواطأوا على ألا يبيعوا إلا بثمن مقدر أولى وأحرى . وأيضاً فإذا كانت الطائفة التى تشترى نوعاً من السلع أو تبيعها قد تواطأوا على أن يهضموا ما يشترونه . بحيث يشترونه بدون ثمن المثل ، ويبيعون ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان . . . ولا ريب أن هذا أعظم عدواناً من تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى .

فهذه صور ثلاث تقتضى المصلحة المنع منها ، اشتراط عدم المنافسة فى عقد الإيجار أو البيع ، فذلك شرط باطل وفعل محرم ، ويعاقب من يلجأ إلى هذه الطريقة من تقييد حرية التجارة والمنافسة الشريفة .

---

(١) المرجع السابق ٢٢٤ .

والصورة الثانية : الاتفاق بين طائفة معينة على احتكار خدمة من الخدمات ، وتقاضى أجر معين فى مقابل الخدمة التى يؤديها كل فرد من هذه الطائفة ، وذلك على حساب من يحتاجون إلى خدمات هذه الطائفة ، فلو أن أطباء العيون اتفقوا فيما بينهم على أن يتقاضى الطبيب عشرين جنيهاً نظير الكشف على مريضه ، فإن هذا الإتفاق باطل ، ومعصية فيها عقوبة تعزيرية . وكذلك الحال فى كل طائفة يحتاج الناس إلى خدماتها .

والصورة الثالثة اتفاق منتجى سلعة معينة ، أو من يتعاملون فيها بالبيع أو الشراء ، على البيع أو الشراء بثمن معين ، إضراراً بمن يتعاملون معهم وهذا فعل غير مشروع لما فيه من الإضرار بالعامة ، فيجب أن يمنع منه ولى الأمر ، وأن يفرض العقوبة جزاء لكل من يحاول أن يلجأ إليه لاستغلال حاجة المسلمين . بل إن بعض الفقهاء كأبى حنيفة يمنع الذريعة إلى هذا التواطؤ ، ويقيم مظنة الاتفاق مقام الاتفاق ، وذلك بالمنع من الشركة بين أفراد الطائفة الواحدة ، وذلك لأن هذا الاشتراك وإن لم يكن قاطعاً فى الدلالة على التواطؤ ، إلا أنه غالباً مايقصد به ذلك .

وهذه هى صور المنافسة غير المشروعة والاحتكار الممنوع الذى نصت القوانين الحديثة على منعها ، والعقوبة عليها ، وبذلك يكون الفقه الإسلامى قد وضع أساس نظام تجارى واقتصادى يضارع أحدث النظم التى لجأت إلى تجريم مثل هذه الأفعال .

٨ — ولقد رأينا ابن رجب يذكر عدة فتاوى فى الفقه الحنبلى ، مبناها مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وإن لم يوجد نص يشهد لعين كل منها بالاعتبار . والجنس الذى ترجع إليه هذه الفتاوى هو ماثبت فى الشرع ، ودلت عليه تصرفاته ، من أن الشخص مقيد فى استعمال حقه بعدم الإضرار بالغير ، فإذا ترتب على استعمال حقه الجائز له بمقتضى الشرع ، إلحاق

الضرر بالغير ، فإنه يمنع من استعمال حقه أو على الأقل يلزم بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة استعماله لحقه . وذلك أن كل من له حق مقرر بمقتضى الشرع ، فإنه يقيد فى استعماله برعاية مصالح الغير ، فعليه أن يستعمل هذا الحق بالطريقة ، وفى الظروف التى لا يلحق الغير منها ضرر ، وإليك مايقوله ابن رجب الحنبلى فى تقرير الأصل الكلى ، أو الجنس الذى تدخل المصالح المرسلة تحته . يقول (١) : « التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أوغيرهما ممن له تعلق بالعقد ، لم يجز ، ولم ينفذ ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه » .

فأنت تراه يطبق أصل منع الشخص من اساءة استعمال حقه على حق أحد المتعاقدين فى فسخ العقد الجائز ، ويرى أنه وإن كان للعاقد الحق فى أن يفسخ العقد ، إلا أنه ليس له أن يفسخه متى شاء ، وكيف شاء ، ولو ترتب على هذا الفسخ فوات مصلحة للعاقد الآخر ، أو لشخص ثالث يؤدى الفسخ إلى الإضرار بمصالحه ، وذلك لأن استقراء نصوص الشريعة يفيد أن الشارع يقصد المنع من الجائز إذا كان يؤدى إلى الحرام ، والإضرار بالمسلم حرام ، ويجب التنبيه إلى أن صاحب الحق كان يمكنه أن يستعمله بطريقة لا تضر العاقد الآخر ولكنه اختار الطريقة التى تضر غيره ، فكأنه قصد الإضرار ، أو على الأقل قصر فى إتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير .

وهذه المصلحة الكلية ، أو الأصل الشرعى ، مأخوذ من نصوص الشريعة ، وقد عهد من الشارع الإلتفات إليه ، والتفريع عليه ، فكان على الفقيه أن يفرع على هذا الأصل كل مايجد من الوقائع التى لا يمكن معرفة حكمها من النص لفظاً ، أو من معقوله قياساً ، وهو إذ يفعل فإنما يحقق

---

(١) القواعد ص ١١١ .

مقصداً للشارع لم يعرف من نص واحد ، ولم يؤخذ من أصل معين ، وإنما عرف من مجموع نصوص ، وجملة أدلة . وفي بيان أن هذا الأصل ملائم لتصرفات الشارع يقول ابن رجب(١) :

« وهذا هو الأليق بمذهبنا ، وإنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة إلى غاية الإضرار ، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح ولذلك لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً .. وحاصله أنه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ، ويعلم به ربه ، لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح ، كما ذكر أنه في الفصول أن المالك لا يملك الفسخ إذا توجه المال إلى الربح ، ولا يسقط به حق العامل ، وهو حسن جار على قواعد المذهب في إعتبار المقاصد وسد الذرائع » .

ولقد طبق ابن رجب هذه المصلحة الكلية أو الأصل الشرعي على بعض العقود التي يجوز لأحد العاقدين أن يفسخها ، مقرراً أن الفسخ لا ينفذ في حق العاقد الآخر ، أو الأجنبي الذي يتأثر بالفسخ ، ومن هذه العقود الوكالة في بيع الرهن ، ففي وجه لا يجوز عزل الوكيل لأن فيه تغريراً للمرتهن ، فإذا عزله لم ينعزل ، وعقد الجعالة إذا فسخه إنفسخ واستحق العامل أجرة المثل ، وطبق ذلك على فسخ عقد المساقاة ، والمزارعة ، والمضاربة ، والشركة ، والوكالة ، بل وقد طبق ذلك على حق الرد المقرر لمصلحة الموصى له .

ففي كل نازلة من هذه النوازل يكون سند الفتوى هو المصلحة المرسلة ، ولكنها ، كما قلنا ، مصلحة وإن لم يشهد النص لعينها ، فقد شهد لها أصل كلي ، والأصل الكلي إذا صار قطعياً قد يساوي الأصل المعين ، وقد يربي

---

(١) القواعد ١١٢ .

عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه ، كما قرر ذلك فقهاء المالكية ، وعلى رأسهم الشاطبي رضى الله عنه .

٩ — ومن المصالح الكلية التى شهدت لها نصوص الشريعة فى الجملة ، وفرع الحنابلة على وفقها الفروع ، أن من أدى واجباً عن غيره بغير إذنه فله الرجوع بما أنفق إذا تعذر عليه ذلك الإذن . وهذا الأصل لم يشهد له نص معين يمتاز برجوعه إليه ، ولكنه أصل مأخوذ من تصرفات الشارع، التفت إليه فى التشريع ، وراعاه فى تفريع الأحكام . ومن المصالح الجزئية التى تدخل تحت هذه المصلحة الكلية ما يأتى :

إذا قضى عنه ديناً واجباً بغير إذنه فله الرجوع . . وهو المذهب ، ومنها لو اشترى أسيراً مسلماً حراً من أهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه إلى دار الإسلام ، فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء إذن له أم لم يأذن ، لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر ، فإذا فداه غيره فقد أدى عنه واجباً ورجع به عليه . ومنها نفقة الزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فأنفق عليهم غيره ومنها نفقة اللقطة حيواناً كان أو غيره مما يحتاج فى حفظه إلى مؤنة وإصلاح ، ومنها إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه ؛ ومنها لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت فانه يرجع على بقية الورثة كل بقدر نصيبه . وهكذا نجد أن الحنابلة اعتبروا هذا الأصل الكلى ، وحكموا فى كل ما تحقق فيه مناطه من الفروع غير المنصوص عليها حكماً يحقق هذه المصلحة . ويلبى تلك الحاجة .

ومن تصرفات الشارع على وفق هذا الأصل أنه أذن للمرتهن بأن يركب ويحلب فى مقابل النفقة ، فكان الحديث « الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذى يشرب ويركب النفقة » شاهداً لهذه المصلحة بالاعتبار ودل على أن من أدى واجباً

عن غيره فله الرجوع عليه بمقدار ما أداه عنه . وفى هذا يقول ابن القيم[١] بعد ذكر هذا الحديث :

« إنه إذا أنفق على الرهن صارت النفقة ديناً على الراهن ، لأنه واجب أداه عنه ، ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك كل وقت واستئذان الحاكم ، فأجاز له الشارع استيفاء دينه من ظهر الرهن ورده ، وهذه مصلحة محضة لهما » .

وبذلك يكون الفقه الإسلامى متمثلا فى الفقه الحنبلى قد توصل إلى نظرية الإثراء دون سبب التى ظهرت فى الفقه الغربى واضحة المعالم فى أواخر القرن التاسع عشر عندما قررته محكمة النقض الفرنسية[٢] . وأصبح قانوناً بعد ذلك .

ومضمون نظرية الإثراء دون سبب كما قررته المادتان ١٧٩ ، ١٨٠ من القانون المدنى المصرى أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به ، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة » .

والمقصود بالإثراء كل منفعة مادية أو أدبية تقوم بالمال يحصل عليها المثرى ، سواء أكان ذلك فى صورة مال يكسبه أم فى صورة خسارة يجنبها فوفاء الدين إثراء لأنه أنقص من الجانب السلبى لذمة المدين ، وإنقاذ الأسير من الأسر فائدة معنوية رجعت إليه .

ويجب أن يكون هناك افتقار من جانب الشخص الذى يطالب بالتعويض ،

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) وذلك فى حكميها الصادرين فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ ؛ ٦ مارس ١٩١٥ .

وذلك بأن يكون قد دفع مالا أو أدى خدمة كانت هى السبب فى إثراء أو نفع الطرف الآخر ، فأما إذا لم يخسر شيئاً ، فلا يرجع بشىء . فالنظريتان إذن متحدتان فى الجملة ، وإن كانت هناك بعض اختلافات فى تحقيق مناط هذه النظرية فى الفقه الإسلامى عنها فى الفقه الوضعى .

١٠ — أخذ الحنابلة من حديث صاحب النخلة التى امتنع من بيعها أو هبتها لصاحب الأرض الذى تضرر من دخوله أرضه ، وإذن النبى عليه السلام لصاحب الأرض بقلع الشجرة . وقوله له إنما أنت مضار ، أن كل من وجب عليه بذل شىء فامتنع منه فإن إذنه يسقط أو يجبره الحاكم على هذا الإذن ، وبذلك صار هذا أصلا كلياً ومصلحة شرعية شهد لها الشارع بالاعتبار . وإذا كان الأمر كذلك فإن كل مصلحة جزئية تعبر فرداً من أفراد هذه المصلحة الكلية يحكم بها ، ويفرع على أساسها . ومن ذلك :

وضع الخشب على جدار جاره ، إذا لم يضربه ، وقد نص أحمد على عدم إعتبار إذنه فى ذلك . ومنها حج الزوجة الفرض ، ونص أحمد على أنها لا تحج إلا بإذنه وأنه ليس له منعها ، فعلى هذا يجبر على الإذن لها ، ومنها أخذ فاضل الكلأ والماء من أرضه ، هل يقف جواز الدخول إلى الأرض على إذنه أم يجوز بدون إذنه ، وإذا استأذن فلم يأذن سقط إذنه . ومنها بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله . ولا يعتبر إذنه ومنها إذا طلب منه القسمة التى تلزمه الإجابة إليها — يجبر على ذلك . ومنها إذا امتنع من الإنفاق على بهائمه فإنه يجبر على الإنفاق أو البيع ، ومنها الموصى بعتقه إذا امتنع الوارث عن عتقه أعتقه الحاكم ، ومنها إذا أتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه قال فى المغنى يقبضه الحاكم . وتبرأ ذمة الغريم(١) .

---

(١) انظر القواعد لابن رجب ٣٢ .

فهذه فروع ونوازل لايؤخذ حكمها من النص لفظاً. ولا من معقول نص بطريق القياس. ولكن هذا الحكم أملته مصلحة ملائمة لجنس المصالح الشرعية. وذلك أنها داخلة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين. فهى إذن من المصالح الملائمة.

والخلاصة أن الحنابلة يأخذون بالمصلحة المرسلة فيما لا يمكن معرفة حكمه من النص لفظاً، أو من معقول النص بطريق القياس، الذى يشارك فيه الفرع الأصل فى عين العلة. وينتقل إليه منه عين الحكم. ولكن المصلحة التى يأخذون بها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ومتفقة مع أصوله العامة وقواعده الكلية. وبذلك يكون الاستدلال بالمصالح عندهم استدلالا بالنصوص. وليس بالمصالح التى يراها العقل دون أن يكون لها شاهد من الشرع بالاعتبار.

المبحث الثانى

سد الذرائع والمنع من التحيل

تمهيد وتقسيم:

يعتبر ابن القيم حامل لواء الدعوة إلى سد الذرائع ومنع التحيل. ولقد سبق لنا أن عرفنا رأيه فى الحيل الممنوعة عند دراسة قاعدة التحيل فى الفقه المالكى. ولقد رأينا أن الفقهين المالكى والحنبلى يسلكان مسلكا واحداً فى هذا الخصوص. والآن نعرض لما كتبه ابن القيم فى سد الذرائع لنرى منه أن الفقه الحنبلى يحرص — كالفقه المالكى والشافعى — على سد الذرائع إلى المفاسد. وغلق أبواب الشرور والمضار.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى فروع ثلاثة: نجعل الفرع الأول منها فى تحديد ابن القيم لقاعدة الذرائع، أو بعبارة أخرى، لتعريف التذرع

الممنوع فى الفقه الحنبلى . وفى الفرع الثانى نعرض تقسيم ابن القيم للذرائع مع إبداء ملاحظاتنا على هذا التقسيم ، وأما الفرع الثالث فنخصصه لطريقة استدلال ابن القيم على قاعدة الذرائع .

الفرع الأول

مضمون قاعدة الذرائع

يشرح ابن القيم قاعدة الذرائع ويبين مضمونها فيقول[1] : « لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصى فى كراهتها ، والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، وارتباطها بها . ووسائل الطاعات والقربات فى محبتها والإذن فيها بحسب أفضائها إلى غايتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهى مقصودة قصد الوسائل ، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضى إليه ، فإنه يحرمها ويمنع منها ، تحقيقاً لتحريمه ، وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء النفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك فان أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شىء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه ، يعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده ، وكذلك الأطباء ، إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه . فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التى هى من أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ، ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع

---

(١) أعلام الموقعين ٣ : ١٤٧ .

المفضية إلى المحارم، بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة : ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء».

فالذى يؤخذ من هذا النص أمور :

أولا — أن قاعدة الذرائع ذات شقين :

أحدهما: أن الوسائل إلى المصالح المشروعة مشروعة، وأن درجة طلب الوسائل إلى المطلوب تكون بحسب قوة الطلب فيه ، فوسيلة الواجب واجبة : ووسيلة المستحب مستحبة ، ووسيلة الجائز جائزة .

ثانيهما . أن الوسائل المفضية إلى المفاسد الممنوعة . ممنوعة ، وأن الوسائل فى درجة المنع فيها ، على حسب درجة المنع فى المقاصد التى تؤدى إليها .

ثانياً . أن الذى يعنى ابن القيم فى هذا الموضع هو الشق الثانى من القاعدة ، وهو أن وسائل المفاسد لها حكم هذه المفاسد فى المنع والحرية ، وأما الشق الأول من القاعدة ، فقد تكفلت به قاعدة مقدمة الواجب التى عبر عنها الأصوليون بأن ما لايتم الواجب إلا به فهو واجب ، وذكروا فيها مذاهب عدة ، فى حين أن قاعدة الذرائع ترجع إلى قاعدة انخرام المناسبة بمفسدة راجحة أو مساوية ، وهذه قاعدة متفق عليها فى الجملة بين كتاب الأصول ، من الناحية التى نحن بصددها ، وذلك أن الأصوليين اتفقوا على أنه إذا ثبت حكم لمصلحة ، وكان ثبوت هذا الحكم لهذه المصلحة يترتب عليه فى بعض الحالات حدوث مفسدة مساوية أو تزيد ، فإن الحكم يكون للمفسدة الراجحة أو المساوية ، وإنما الخلاف فى بقاء المناسبة بين الوصف والحكم مع لزوم المفسدة التى أوجبت منع ترتب هذا الحكم على ذلك الوصف .

فقاعدة المنع من الفعل الذى شرع لمصلحة معينة ، فى حالة ما إذا أدى القول بالمشروعية إلى حدوث مفسدة توازى تلك المصلحة أو تزيد عليها قاعدة اتفق عليها الأصوليون ، وذلك باتفاقهم على أن الحكم فى هذه الحالة لما غلب فى المحل ، وإنما كان الخلاف فى أمر لفظى ، هو هل تبقى المناسبة بين الوصف الذى كان مناطاً لمشروعية الفعل لما يترتب على شرع الحكم عنده من المصلحة ، وبين هذا الحكم ، حتى مع القول بأن حكم المشروعية لا يبقى للزوم المفسدة المساوية أو الراجحة أم لا ؟

وقاعدة الذرائع داخلة تحت قاعدة انخرام المناسبة هذه ، ويبقى بعد ذلك تحقيق مناط هذه القاعدة فى الوقائع التى لا نص فيها ، والبحث عما إذا كانت المفسدة فى الفرع راجحة على المصلحة أو مساوية . والفقيه يتبع فى ذلك بعض القواعد التى تصرف الشرع على وفقها ، والتفت إليها فى الأحكام . وذلك كتقديم المصلحة الضرورية على الحاجية ، وكتقديم المصلحة الكلية على الجزئية ، والواقعة على المتوقعة ، والقطعية على الظنية ، وغير ذالك .

ثالثاً : علاقة قاعدة الذرائع بالمصلحة المرسلة . قلنا إن المصلحة المرسلة هى مصلحة لم يشهد لعينها نص معين ، وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين : وقاعدة الذرائع تعنى أن الفعل المشروع لمصلحة معينة يمنع منه إذا ترتب على تحصيل تلك المصلحة مفسدة مساوية أو تزيد ، وهنا يحكم الفقيه على الفعل بالمنع سداً للذريعة ، وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة ، بمعنى أنه ليس هناك نص يشهد للمصلحة القاضية بالمنع من الفعل فى هذه الحالة وإنما المنع من الفعل الجائز إذا كان ذريعة إلى مفسدة يرجع إلى أصل قطعى ، ومصلحة كلية شهدت لها نصوص الشريعة فى الجملة بغير دليل معين .

ومن هنا مثل بعض الكاتبين للمصلحة المرسلة والذرائع بأمثلة واحدة، وذلك كتضمين الصناع، وعدم قبول توبة الزنديق، وقتل الجماعة بالواحد، بل وجمع الناس على مصحف واحد، وذلك باعتبارين، فمن نظر إلى أن المصلحة التى أوجبت الحكم فى الواقعة مصلحة مرسلة عن الأصل الذى يشهد لعينها قال إن المصلحة مرسلة، ومن نظر إلى أن هذا الفعل مشروع فى الأصل لما فيه من المصلحة، ولكن ترتب عليه مفسدة مساوية أو راجحة فمنعت منه، أدخله فى قاعدة الذرائع، على اعتبار أنها المنع من الجائز إذا كان ذريعة إلى غير الجائز.

ولقد بين أستاذنا الفاضل أبو زهرة العلاقة الوثيقة بين قاعدة الذرائع والمصلحة المرسلة فقال(١):

« والنظر فى هذا الأصل (الذرائع) ينتهى بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق، (المصلحة المرسلة) وهو جلب المصالح، ودفع المفاسد، ما أمكن الدفع والجلب. فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان، فكل ما يؤدى إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلى، وهو الطلب للمصلحة، والمنع من الفساد والأذى، وأن المقصود بالمصلحة النفع العام، وبالفساد ما ينزل الأذى بعدد كبير من الناس، ولذلك إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدى الاستمساك به إلى ضرر عام، أو يمنع مصلحة عامة، كان منع الاستمساك سداً للذريعة، وإيثاراً للمنفعة العامة على الخاصة، فتلقى السلع قبل نزولها فى الأسواق، وأخذها للتحكم فى الأسواق ممنوع، لأنه وإن كان فى أصله جائزاً، لأنه شراء، أن أجيز كان الناس فى ضيق، ولم تستقم

---

(١) مالك لأستاذنا الفاضل أبو زهرة ٤٠٨.

حرية التعامل ، فيكون فى بقاء الإذن ضرر عام فيمنع الأمر لسد الذرائع ، ويكون المنع عاماً ، ولو كان لبعض المتلقين نية محتسبة » .

الفرع الثانى

أقسام الذرائع

فى هذا الفرع نعرض لتقسيم ابن القيم للذرائع ، مع بيان حكم كل قسم من الأقسام ، ثم نتبع ذلك بملاحظاتنا على هذا التقسيم .

أولا — أقسام الذرائع وحكم كل قسم

١ — أقسام الذرائع :

قسم ابن القيم الذرائع بالنسبة لما تودى إليه من المفاسد أقساماً أربعة :

القسم الأول : وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة ، كشرب الخمر المؤدى إلى مفسدة السكر ، وكالقذف المؤدى إلى مفسدة الفرية ، والزنا المفضى إلى اختلاط الأنساب ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية إلى هذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها .

القسم الثانى : وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة وذلك كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا ، فهذه أفعال وضعت مفضية إلى المصالح ، ولكن الفاعل لم يقصد بها تلك المصالح ، وإنما قصد بها الوصول إلى غاية هى فى نظر الشارع مفسدة .

القسم الثالث : وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وذلك كالصلاة فى أوقات النهى . ومسبة آلهة المشركين بين ظهرانيهم ، وتزين المتوفى عنها

زوجها فى زمن العدة فهذه أفعال مباحة فى الأصل لما يترتب عليها من المصالح ، ولم يقصد فاعلها بها مفسدة ولكن هذه الأفعال تؤدى فى الغالب إلى مفاسد نهى الشارع عنها . وهذه المفاسد راجحة على مصلحة الفعل .

القسم الرابع : وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تفضى إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها ، ومثالها النظر إلى المخطوبة ، والمشهود عليها ،ومن يعاملها وكلمة الحق عند سلطان جائر ، فهذه أفعال مباحة فى الأصل، لأنها تحقق بعض المصالح ، ولم يقصد بها الفاعل مفسدة ، ولكنها قد تؤدى إلى المفسدة ، إلا أن المصالح المترتبة عليها أرجح من المفاسد المتوقعة منها .

٢ — حكم هذه الأقسام :

يرى ابن القيم أن الشريعة جاءت بالمنع من القسم الأول كراهة أو تحريماً حسب قوة إفضائه إلى المفسدة ودرجة هذه المفسدة وجاءت بإباحة القسم الرابع أو استحبابه بحسب قوة أدائه إلى المصلحة ، ودرجة هذه المصلحة . وأما القسمان الثانى والثالث فيقول ابن القيم إنهما محل النظر ، ثم يقطع بأن الشريعة جاءت بالمنع منهما ، عرف ذلك بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وسوف نذكر النصوص الشرعية التى أخذها ابن القيم فى استقراء هذه القاعدة عندما نذكر استدلاله على القاعدة .

ثانيا — ملاحظاتنا على هذا التقسيم :

نستطيع أن نجمل ملاحظاتنا على هذا التقسيم فى نقاط أربع :

أولا : أن القسم الأول من الذرائع الذى عبر عنه ابن القيم بأنه وسيلة وضعت للإفضاء إلى المفسدة ، ومثل له بالقذف ، والزنا ، وشرب الخمر ، ليس من باب الذرائع ، وإنما من باب المقاصد ، لأن هذه الأفعال متضمنة المفاسد فى نفسها ، وليست ذريعة إلى مفسدة أكبر منها . فالزنا مقصد لأنه

يتضمن مفسدة فى نفسه ، وليس وسيلة إلى مفسدة أخرى . وكذلك بقية الأمثلة . ولقد رأينا القرافى يجعل هذا القسم من باب المقاصد لا الوسائل فيقول(١):

«وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد . وهى المتضمنة للمصالح والمفاسد فى أنفسها ، ووسائل ، وهى الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد فى حكمها» .

فهو يجعل الفعل الذى يتضمن المفسدة فى نفسه من باب المقاصد لا الوسائل ، وظاهر أن الزنا ، والقذف وما معه كذلك لأنها أفعال تتضمن المفاسد فى أنفسها ، وليست وسيلة لمفسدة أكبر منها(٢).

ثانياً: القسم الثانى ، وهو الفعل الذى وضع للمباح ، وقصد به التوصل إلى المفسدة ليس من باب الذرائع، ولكنه داخل فى باب الحيل، أو الباعث غير المشروع فى التصرف .

وتفصيل ذلك أن العاقد أو المتصرف إذا قصد بالعقد أو الفعل المباح المفسدة المحرمة ، فإن هذا القصد حرام ، ويبطل التصرف إذا ثبت هذا القصد وقامت عليه الدلائل الشرعية . فإذا قصد العاقد الربا بعقد البيع ، أو التحليل بعقد النكاح ، أو القتل بالسيف الذى اشتراه ، أو الفجور بالأمة التى استأجرها ، فإن العقد لا يبطل إلا إذا قامت القرائن على هذا القصد ، وليس فى العقد نفسه ما يدل على هذا القصد ، أو بعبارة أخرى العقد نفسه لم يجعل مظنة للقصد الممنوع ، فلا بد إذن من إثبات هذا القصد ، فإذا لم يثبت هذا القصد ، فإنه لا محل لإبطال هذا العقد . وليس هذا من باب الذرائع إلى القصد المحرم ، بل إن القصد نفسه قد ثبت بالقرائن أو غيرها من أدلة

---

(١) الفروق جـ ٢ ص ٣٣ .

(٢) انظر ابن حنبل لأستاذنا الكبير فضيلة الشيخ أبو زهرة ٣١٩ .

الإثبات المعتبرة ، وعلى ذلك فلا يقال إن التصرف نفسه ذريعة إلى المفسدة ، ذلك أننا لا نبطل التصرف دائماً ، وإنما فى حالة ما إذا قامت الأدلة على القصد غير المشروع والباعث المحرم . ومن ناحية أخرى فإنه لا يقال إن هذا القصد ذريعة إلى مفسدة ، لأنه هو المفسدة نفسها ولم يجعل القصد ذريعة أو مظنة لمفسدة أخرى ، فالقصد هو المفسدة المحرمة .

وعلى هذا فإن القصد غير المشروع هنا يدخل فى باب التحيل الذى يحتاج إلى إثبات قصد التحيل إلى المفسدة المحرمة . أو فى باب الباعث غير المشروع فى التصرف الذى يبطل به التصرف إذا ثبت هذا الباعث ، وكان الآخر على علم بقصد صاحبه .

أما قاعدة الذرائع فمؤداها إقامة مظنة المفسدة مقام المفسدة نفسها ، وبذلك يبطل التصرف دون حاجة إلى إثبات نية سيئة ، أو باعث غير مشروع ، لأن التصرف نفسه مظنة لهذا القصد السيء والباعث غير المشروع .

فعقد البيع على سلعة بعشرة إلى أجل ، ثم شراؤها قبل هذا الأجل بخمسة نقداً من مشتريها الأول ، باطل دون حاجة إلى إثبات نية الربا بأى دليل من أدلة الإثبات الشرعية . ذلك أن عقد البيع على هذه الصورة مظنة لعقد الربا ، لأنه قد كثر قصد الناس إلى الربا بمثل هذا العقد ، فلا حاجة إذن إلى إثبات أن العاقدين قد قصدا به الربا . بل إنه إذا أثبت المتعاقدان النية الحسنة والقصد الحلال ، وأقاما الحجج على أنهما ما قصدا بهذا العقد إلا المصالح التى شرع لها البيع ، فإن هذا الإثبات لا يعفيهما من إبطال هذا العقد .

وبالمثل ، فإن بيع السلاح فى زمن الفتنة باطل دون حاجة إلى إثبات نية المشترى أن يقتل به ، أو علم البائع بهذه النية ، وذلك لأن البيع فى مثل هذه الحالة مظنة أن يقصد به المفسدة ، وهى القتل والعدوان .

وكذلك الزوج يطلق زوجته ثلاثاً فى مرض موته فى ظروف خاصة ، وبقيود معينة ، فترثه ، لأن الطلاق بهذه الصفة وتحت هذه الظروف مظنة لأن يكون قد اتخذ ذريعة لحرمان الزوجة من حقها فى الميراث شرعاً . فهنا لا تلزم الزوجة بإثبات أن الزوج قصد بالطلاق القرار من الميراث الذى وجب لها شرعاً ووجد سببه وهو الزوجية، وتوقف على شرط هو وفاة الزوج والزوجة على عصمته ، فحاول أن يمنع تحقق هذا الشرط بقصد الفرار من حكم السبب لا بقصد شرعى آخر .

فنى هذه الحالات الثلاث أقام الشارع واقعة معينة مقام القصد ، فإذا وجدت هذه الواقعة . فإن الشارع يفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس أن الفاعل قاصد للمفسدة المحرمة . فالبيع على الصورة السابقة واقعة أقامها الشارع مقام القصد إلى الربا ، وإن لم يثبت هذا القصد ، بل وإن ثبت عدمه . والطلاق بالقيود المذكورة ، واقعة جعلت قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على أن المطلق قد قصد بالطلاق القرار من الميراث . وكذلك واقعة بيع السلاح فى زمن الفتنة ، وبيع العصير من الخمار ، وقائع جعلت مظاناً للقصد المحرم ، وإن ثبت عدمه .

فى حين أنه فى المباح الذى قصد به المفسدة ، لا بد أن تقدم الأدلة على هذا القصد ، وليست الواقعة نفسها ، أو الفعل نفسه ، قرينة أو مظنة للقصد المحرم . وإذا كانت هناك بعض الأدلة والقرائن على هذا القصد ، فإنها قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ، فإذا رأى القاضى أن المشترى للسيف قد قصد به القتل من القرائن المحتفة بالصفقة ، فإن للعاقد أن يثبت كذب هذه القرائن ، ويقيم الأدلة على أنه لم يقصد بالشراء القتل ، فى حين أن ذلك غير جائز للعاقد فى بيع العينة ، ولورثة الزوج فى مسألة طلاق الفار .

وعلى هذا فإن القصد غير المشروع يبطل التصرف ، فإذا قامت القرائن

على هذا القصد ثبت هذا القصد ، وحكم بالبطلان ، إلا أن بعض القرائن قد تصل إلى درجة من القوة ، تكفى فى نظر القاضى للحكم بأن العاقد قد قصد المحرم ، دون أن يطالب من يطلب الإبطال بإقامة دليل معين على هذا البطلان .

على أن لقاعدة الذرائع مجالا أوسع من هذا . فإن هناك بعض الوسائل المشروعة يمنع منها إذا كانت تؤدى إلى مفسدة راجحة ، ولو لم تكن هذه المفسدة هى قصد المحرم كالحالة السابقة ، فسب آلهة المشركين حرام ، لا لأنه مظنة أن يقصد به المسلم سب الله تعالى ، بل لأنه قد يؤدى إلى ذلك السب فى الواقع ونفس الأمر ، والقاضى لا يحكم بعلمه لا لأنه ذريعة لأن يقصد به المفسدة ، بل لأن هذا قد يؤدى إليها فى العادة . وكذلك الحال فى قتل الجماعة بالواحد ، وتضمين الصناع ، فإن الفعل هنا لم يمنع لأنه مظنة لقصد محرم ، بل لأنه يؤدى فى العادة إلى مفسدة نهى الشرع عنها .

وهذا هو الشأن فى الأحكام الوضعية كلها ، فإن مبنى الذريعة فيها ليس هو القصد ، بل لما يؤدى إليه الفعل ، ويكون سبباً ووسيلة إليه من المفاسد .

والخلاصة أن القسم الثانى الذى أدخله ابن القيم فى باب الذرائع ، ليس من الذرائع ، وإنما يدخل تحت باب الحيل أو القصد غير المشروع . لكن ابن القيم يرى أن الحيل قسم من أقسام الذرائع ، وذلك بخلاف صنيع المالكية الذين يفرقون بين الذرائع والحيل ، والباعث غير المشروع فى العقد ، ويرون الأولى ، إقامة مظنة القصد مقام القصد ، أو منع الأسباب إلى المفاسد ولو لم يقصد بها المفاسد ، والثانى : المنع من قصد التحيل الثابت بالقرائن ، والثالث كذلك .

ثالثاً : العلاقة بين اعتبار المقصود من التصرفات ، وقاعدة الذرائع ، والشرط المتقدم .

يرى ابن القيم أن هذه القواعد الثلاث متلازمة ، فمن يسد الذرائع ، يعتبر المقصود فى العقود ، ويبطل الشرط متقدماً ومتأخراً ، ومن لم يسد الذرائع ، لم يعتبر المقصود والنيات فى العقود والتصرفات ، ولم يعتبر الشرط المتقدم والمتأخر .

وهذه الدعوى غير صحيحة ، ذلك أن الشافعى يسد الذرائع ، ولا يبطل العقود والتصرفات بالقصد المحرم والباعث غير المشروع ، كما تقدم ، لأن الذرائع قسمان ، قسم مبناه أن الواقعة مظنة القصد إلى المحرم ، فالشافعى لأنه لا يرى القصد المحرم مبطلا للعقد ، لا يجعل مظنته مبطلة له . فيكون موجب تطبيق قاعدة إعطاء الوسائل حكم المقاصد أن الواقعة التى هى مظنة القصد المحرم ليست باطلة ما دام القصد المحرم نفسه لو ثبت لا يبطله . فإذا ثبت أن مشترى السيف قد قصد أن يقتل به فإن العقد عند الشافعى لا يبطل ، وإن كانت النية غير جائزة ، فإذا كان بيع السيف فى زمن الفتنة مظنة لهذا القصد ، فإن البيع لا يبطل من باب أولى ، وعملا بقاعدة الذرائع نفسها ، لأن الشىء إذا لم يبطل التصرف فمظنته من باب أولى لا تبطله ، والذريعة تأخذ حكم المتذرع إليه ، وعلى هذا يكون الشافعى قائلا بالذرائع ، وليس قائلا بأن القصد غير المشروع يبطل التصرف .

والقسم الثانى من الذرائع هو الذى لا يعتمد على قصد الفاعل ، وإنما إلى مآل الفعل فى مجرى العادات ، طبقاً لقانون الأسباب والمسببات بصرف النظر عن النيات والمقاصد . وذلك كما فى تضمين الصناع ، فإن عدم التضمين يؤدى غالباً إلى مفسدة هى أكل مال أصحاب السلع بالباطل ، ولا دخل للقصد فى ذلك كما هو ظاهر . وكقتل الجماعة بالواحد ، فإن عدم القتل يؤدى غالباً إلى مفسدة القتل وإتلاف النفوس ، والقصاص ليس فعلا للشريك ، وإنما هو فعل الحاكم فلا قصد هناك .

والشافعي يأخذ بالذرائع فى هذا القسم أيضاً ، ولكن هنا يجعل للوسيلة حكم الغاية إذا كانت الوسيلة مؤدية إلى هذه الغاية فى العادة غالباً . ولذلك حكم بقتل الشريك ، وقتل المكره ، وشهود الزور ، وغير ذلك لأن عدم القصاص ذريعة وسبب لضياع النفوس وسفك الدماء . وقد سبق تفصيل ذلك .

رابعاً : جعل الذرائع التى أقام الأدلة على وجوب سدها ، هى الوسائل التى تفضى إلى المفسدة غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وهذا يدل على أمرين :

أولهما : أن الوسائل التى تؤدى إلى المفسدة قطعاً ليست محل خلاف بين الفقهاء ، ولذلك رأى أنه لا حاجة به إلى الاستدلال عليها . وهذا كلام سليم ، وقد سبق أن صرح به الشاطبي ، والقرافى ، ومثلا له بإلقاء السم فى أطعمة المسلمين أوفى مياههم ، مع العلم بأنهم يأكلون هذا الطعام ، ويشربون ذلك الماء ، وكذلك حفر البئر فى طريق المسلمين مع العلم بسقوط مسلم فيها .

ثانيهما : أن الوسيلة تمنع إذا كان أداؤها إلى المفسدة غالباً ، أما إذا لم يكن غالباً ، فإن الوسيلة لا تمنع ، ولم يفسر لنا ابن القيم المراد بالغالب ، وقال عن القسم الذى لا تمنع فيه الوسيلة ، أنه قد يؤدى إلى المفسدة ، وهذا يشعر بالندرة ، فكأن الذريعة لا تسد إذا كان الفعل المباح يؤدى إلى المفسدة نادراً .

ولكن هناك قسم بين النادر والغالب ذكره الشاطبي ، وبين حكمه ولم يتعرض له ابن القيم . وذلك القسم هو ما إذا كان أداء الفعل الجائز إلى المفسدة كثير ، وليس بغالب ولا بنادر فهى مرتبة بين المرتبتين ، وجعل ذلك محل النزاع بين مالك والشافعي ، فمالك يسد هذا النوع ، والشافعي لا يسده ،

وأما قسم الغالب ، فقد قال أنه يشبه قسم الذرائع المنصوصة ، وردد القول فيه بين وجهين ، ورجح وجوب السد فيها .

والذى نرجحه أن هذا القسم أى ما كان أداء الفعل فيه إلى المفسدة كثيراً ، داخل فى القسم الثالث أى الغالب ، لأن الأمثلة التى ذكرها ابن القيم فى الاحتجاج بالذرائع معظمها ذرائع منع الشارع منها ، لأنها تؤدى إلى المفسدة كثيراً وأن لم يكن غالباً . وذلك كما فى حرمان القاتل من الميراث ، والبيع والسلف وغيرها .

الفرع الثالث

الاستدلال على قاعدة الذرائع

لقد سلك ابن القيم فى الاستدلال على قاعدة الذرائع نفس الطريق التى سلكها الإمام الشاطبى رضى الله عنه . فقرر أن قاعدة الذرائع من القواعد القطعية فى الدين ، وأن الشارع اعتبرها فى التشريع ، وسار عليها فى تفريع الأحكام . وعرفت ملاءمتها لجنس تصرفات الشارع لا من دليل واحد ، ولا من نص معين ، بل من جملة نصوص ، ومجموع أدلة تفوق الحصر وتفيد فى مجموعها القطع . ولقد قدم تسعة وتسعين دليلا على صحة استقرائه ، وفى كل واحد منها نجد الشارع يمنع من الفعل الجائز لمصلحة إذا كان يؤدى إلى مفسدة راجحة على تلك المصلحة فى بعض الحالات . وسوف أذكر بعض الأدلة التى أخذت فى استقراء القاعدة لترى منها طريقة الاستدلال ووجه الدلالة على القاعدة[1] .

١ — قوله تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين ، مع كون السب غيظاً

---

(١) أنظر فى هذه الأوجه إعلام الموقعين ٣ : ١٤٩ — ١٧١ .

وحمية لله، وإهانة لآلهتهم — لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهذا كالتنبيه»، بل كالتصريح على المنع من الجائز لئلا يكون سبباً فى فعل مالا يجوز.

٢ — قوله تعالى «ولا يضربن بأرجهلن، ليعلم ما يخفين من زينتهن» فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً فى نفسه لئلا يكون سبباً إلى سمع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعى الشهوة منهم إليهن.

٣ — أنه صلى الله عليه وسلم حرم الخلوة بالأجنبية، ولو فى إقراء القرآن، والسفر بها ولو فى الحج وزيارة الوالدين، سداً لذريعة ما يحاذر من الفتنة وغلبات الطباع.

٤ — أنه عليه الصلاة والسلام حرم الجمع بين المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها. وقال: «إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»، حتى لو رضيت المرأة بذلك لم يجز، لأن ذلك ذريعة إلى القطيعة المحرمة.

٥ — أن الله حرم خطبة المعتدة صريحاً، حتى حرم ذلك فى عدة الوفاة، وإن كان المرجع فى انقضائها ليس إلى المرأة. فإن إباحة الخطبة قد تكون ذريعة إلى استعجال المرأة بالإجابة والكذب فى انقضاء عدتها.

٦ — أن النبى عليه السلام «نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع». ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صح، وإنما فعل ذلك لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوى ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعة بثمانمائة ليأخذ منه ألفين، وهذا هو معنى الربا، نظراً إلى حمايته الذريعة إلى ذلك بكل طريق.

٧ — أن السنة مضت بأنه ليس للقاتل من الميراث شىء، إما عمداً كما قال مالك، وإما مباشرة كما قال أبو حنيفة، وإما قتلا مضموناً بقصاص أو دية أو كفارة، وإما قتلا بغير حق، وإما قتلا مطلقاً كما هى أقوال فى

مذهب الشافعي وأحمد . والمذهب الأول ، وسواء قصد القاتل أن يتعجل الميراث أو لم يقصده فإن رعاية هذا القصد غير معتبرة في المنع وفاقاً . وما ذاك إلا لأن توريث القاتل ذريعة إلى وقوع هذا الفعل ، فسد الشارع الذريعة بالمنع .

٨ — أن السابقين الأولين من المهاجرين والأنصار ورثوا المطلقة المبتدئة في مرض الموت حيث يتهم بقصد حرمانها الميراث بلا تردد ، وإن لم يقصد الحرمان لأن الطلاق ذريعة .

٩ — أن الصحابة وعامة الفقهاء اتفقوا على قتل الجمع بالواحد ، وإن كان أصل القصاص يمنع من ذلك ، لئلا يكون عدم القصاص ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء .

١٠ — أن النبي عليه السلام نهى أن تقطع الأيدي في الغزو ، لئلا يكون ذريعة إلى إلحاق المحدود بالكفار ، ولهذا لا تقام الحدود في الغزو .

١١ — أن الحاكم ممنوع من الحكم بعلمه ، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى حكمه بالباطل ، ويقول حكمت بعلمي .

١٢ — أن النبي عليه السلام نهى عن الجلوس بالطرقات ، وما ذاك إلا لأنه ذريعة إلى النظر المحرم ، فلما أخبروه أنه لا بد لهم من ذلك ، قال : أعطوا الطريق حقه ، قالوا : وما حقه ، قال : غض البصر ، وكف الأذى ، ورد السلام .

١٣ — أنه نهى المرأة أن تسافر بغير محرم ، وما ذلك إلا أن سفرها بغير محرم قد يكون ذريعة إلى الطمع فيها ، والفجور بها .

١٤ — أنه نهى عن الاحتكار ، وقال: «لا يحتكر إلا خاطيء» فإنه ذريعة إلى أن يضيق على الناس أقواتهم ، ولهذا لا يمنع من احتكار لا يضر بالناس .

١٥ — أنه نهى عن منع فضل الماء ، لئلا يكون ذريعة إلى منع فضل الـكلأ ، كما علل به فى نفس الحديث ، فجعله بمنعه من الماء مانعاً من الـكلأ ، لأن صاحب المواشى إذا لم يمكنه الشرب من ذلك المـاء لم يتمكن من المرعى الذى حوله .

١٦ — أنه منع المتصدق من شراء صدقته ولو وجدها تباع فى السوق سداً لذريعة العود فيما خرج عنه لله ولو بعوضه ... ولا ريب أن فى تجويز ذلك ذريعة إلى التحيل على الفقير بأن يدفع إليه صدقة ماله ثم يشتريها منه بأقل من قيمتها .

١٧ — قال الإمام أحمد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح فى الفتنة ، ولا ريب أن هذا سد لذريعة الإعانة على المعصية ، ويلزم من لم يسد الذرائع أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به ، ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان ، وفى معنى هذا كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله كبيع السلاح للـكفار ، والبغاة ، وقطاع الطريق ، وبيع الرقيق لمن يفسق به أو يؤاجره لذلك ، أو إجارة داره أو حانوته ، أو خانه لمن يقيم فيها سوق المعصية ... وفى هذا عصر العنب لمن يتخذه خمراً ، وقد لعنه رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم . هو والمعتصر معاً ، ويلزم من لم يسد الذرائع إلا يلعن العاصر وأن يجوز له أن يعصر العنب لـكل أحد ، ويقول القصد غير معتبر فى العقد ، والذرائع غير معتبرة ونحن مطالبون بالظواهر ، والله يتولى السرائر ، وقد صرحوا بهذا ، ولا ريب فى التنافى بين هذا وبين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

١٨ — جمع عثمان المصحف على حرف واحد لئلا يكون ذريعة إلى اختلافهم فى القرآن .

وإذا كانت قاعدة الذرائع قاعدة مأخوذة من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع ، فهى تقوم ، فى جوازا لاستدلال بها ، وقوة هذا الاستدلال ، مقام العام المستفاد من الصيغة كما تقدم . ويكون التفريع على أساسها عملا بالنصوص التى دلت عليها ، وليست قولا بالرأى ولا أهمالا للأدلة الشرعية بغيرها .

ولقد وقع كثير من الكتاب فى الخطأ حينما عرضوا المسائل التى أعملت فيها قاعدة الذرائع القطعية فى صورة مصالح مرسلة أخذ بها فى مقابلة النصوص التى تدل على أباحة الوسيلة فى الأصل ، وأخذوا من ذلك مسألة جواز الأخذ بالمصلحة فى مقابلة النص . ومن الأمثلة التى ذكروها تضمين الصناع ، فقد قالو إنها مصلحة مرسلة قدمت على النص ، ومنها منع النساء من دخول المساجد ، وعدم قبول توبة الزنديق ، وغير ذلك من الفروع السابقة .

والواقع أن المنع من الفعل المباح الذى يؤدى غالباً إلى مفسدة راجحة على مصلحته ، تطبيق للعام المأخوذ من استقراء النصوص ، وبالتالى فهو تطبيق لجملة نصوص شرعية اجتمعت على هذا المعنى حتى أفادت فيه القطع ، فليس معنا إذن مصلحة رآها الفقيه بعقله قدمت على نص شرعى ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى . فإن الفعل الذى اتخذ ذريعة إلى المفسدة ، إنما كان مباحاً بإطلاق النصوص وعموم الأدلة لما يترتب عليه من المصالح ، وهذه النصوص لم تتعرض لحالة ما إذا كان تحصيل تلك المصلحة يفوت مصلحة أهم ، أو يلزم منه حصول ضرر أكبر . فالعموم والإطلاق للفعل مجرداً عن المفاسد التى يؤدى إليها . وأخيراً فإن كون ما يؤدى إليه الفعل مفسدة إنما عرف بواسطة الشرع نفسه . فعقد البيع مباح بإطلاق النصوص وعموم الأدلة ، فإذا تذرع المكلف بعقد البيع إلى الربا ، فإن كون الربا مفسدة ليس حكماً بالعقل ، وإنما دلت على ذلك النصوص الشرعية . فإذا منع البيع فى هذه

الحالة ، فإن الذى خصص عموم النصوص المجيزة للبيع هو نص المنع من الربا أولا ، والعام المأخوذ بطريق الاستقراء من مجموع نصوص الشريعة ثانياً . ومضمون هذا العام أن الفعل المباح إذا أدى غالباً إلى مفسدة راجحة على مصلحته يمنع منه .

والخلاصة أن إعمال قاعدة الذرائع لاتمنى مطلقاً الفتوى بما يراه العقل مصلحة فى مقابلة نص شرعى ، وإنما هو عمل بالنصوص ودقة فى تطبيقها مجتمعة ، كما يقصد الشارع ، وذلك للأسباب الآتية :

١ — الواقعة التى تطبق عليها قاعدة الذرائع ، والتى يحكم فيها الفقيه بالمنع من الفعل المباح لمصلحة لأنه يؤدى غالباً إلى المفسدة الراجحة ، واقعة غير منصوص على حكمها . أو بعبارة أخرى ، إذا كانت قاعدة الذرائع تقضى بالمنع من الفعل، فليس هناك نص لا يقبل التأويل يدل على مشروعية هذا الفعل تحت هذه الظروف ، وبتلك القيود ، وأن كانت هناك نصوص تدل على إباحة الفعل مطلقاً . فآية « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، لاتدل نصاً على جواز البيع وحله إذا قصد به الربا ، وإن كان هذا احتمالا فى الآية . وإنما دلت على أن الأصل فى البيع الحل ، وذلك يفترض أن البيع على الصفة وبالشروط والقيود الواردة فى الشرع .

٢ — المفسدة التى يؤدى إليها الفعل المباح غالباً مفسدة فى نظر الشارع ، لا فى رأى المجتهد وحده . ويعنى أن المفسدة شرعية أن هناك نصوصاً دلت على اعتبار الشارع لها مفسدة ، فالربا ، مفسدة شرعية ، فإذا قال المجتهد بمنع البيع الذى قصد به الربا ، بسبب أن هذا البيع يؤدى إلى مفسدة ، فإن هناك نصاً شرعياً دل على المنع من الربا ، وأنه مفسدة تجتنب ، وهذا النص الذى دل على حرمة الربا ، هو الذى يخصص عموم الخبر الذى أحل البيع .

٣ — وكون الفقيه يسعه أن يفتى بالمنع من الجائز إذا كان ذريعة

للممنوع ، مأخوذ من قاعدة الذرائع القطعية ، والأخذ بها فى الواقع تطبيق للنصوص الكثيرة التى أخذت من استقراء معناها .

٤ — أن عمل الفقيه فى تحقيق مناط القاعدة ، وذلك بالتحقق من أن الفعل يؤدى فى العادة إلى المفسدة ، وهذه مهمة يعرفها الفقيه بالتجارب والخبرات .

٥ — وأما رجحان المفسدة ، على المصلحة فإن الفقيه يرجع فيه إلى تصرفات الشارع ، وما عهد منه فى تشريع الأحكام . فهناك قواعد يمكن الاهتداء إليها فى الموازنة بين المصالح المتعارضة . ومن هذه القواعد على سبيل المثال أن المصالح الضرورية مقدمة على الحاجية . والمصلحة الأصلية على المكملة ، وأن مصالح النفس مقدمة على المال ، وأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، والقطعية على الظنية ، والواقعة على المتوقعة ، وأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح ، والضرر لا يزال ، وما جاز للضرورة يقدر بقدرها والحاجة تنزل منزلة الضرورة إذا كانت عامة . وهكذا نجد الفقيه متبعاً لنصوص الشريعة فى إعمال قاعدة الذرائع غير خارج عنها ، فالواقعة لا نص على الحكم فيها عيناً ، والمفسدة عرفت بنص شرعى ، وكونها أرجح من مصلحة الفعل عرفت من الأصول العامة المستقرأة من تصرفات الشارع فى التشريع ، والفقيه يمنع من الجائز سداً للذريعة لأن الشارع قاصد لذلك كما عرف من استقراء أحكامه وتتبع نصوصه ، ولم يبق إلا أن يبحث الفقيه عما إذا كان الفعل المعين يؤدى غالباً إلى المفسدة المعينة أم لا وهذا يعرفه الفقيه من العادات والتجارب ، وليس يحكم به بطريق التلذذ والتشهى .

الفصل الثانى

نظرية الطوفى فى المصلحة

ندرس نظرية الطوفى(١) فى المصلحة فى مبحثين ، نعرض فى أولهما مضمون النظرية والأدلة التى قدمها الطوفى لإثباتها ، ونخصص ثانيهما لتقدير هذه النظرية ومناقشة الأدلة التى قدمها الطوفى لإثباتها .

---

(١) صاحب هذه النظرية هو سليمان الطوفى الذى كثر الكلام حول عقيدته ومذهبه . انظر لمعرفة رأى الكتاب المعاصرين فى مذهب الطوفى وعقيدته ابن حنبل لفضيلة أستاذنا الكبير الشيخ أبو زهرة ، يقول فضيلته : « كان الطوفى إذن شيعياً وأظهر نفسه حنبلياً ، وكان يبث ما يؤيد به آراء الشيعة ، وأن مهاجمته للنصوص ونشر فكرة نسخها بالمصالح هى أسلوب شيعى » . ابن حنبل ٣١١ — ٣١٢ ، مقال للشيخ محمد زاهد الكوثرى بعنوان « شرع الله فى نظر المسلمين » . نقله صاحب رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ١٦٤ يقول الكوثرى عن الطوفى أنه « أول من فتح باب الشر » وأن ما قاله « باطل » صادر عن « مضل » ، « فاجر » « ساقط » لا يقول بقوله إلا من هو أسقط منه » ، وأن رأيه فى المصلحة « إلحاد مكشوف ، من أعار له سمعاً ، لم يكن له من نصيب من العلم ولا من الدين » « وأن مذهبه ليس غلطا فقط من عالم حسن النية يحتمل التأويل ، بل فتنة فتح بابها قاصد شر ومثير فتن » ، وراجع الدكتور مصطفى زيد فى رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٧٢ حيث يقول سيادته «فإن خطأه (الطوفى) فى الاجتهاد لا يعنى أنه كان متلاعباً بالمذاهب والعقائد ، واتهامه بالتشيع لا يعنى أنه كان شيعياً حقيقة كما رأينا .. مع أن مصنفاته التى أتيح لنا الإطلاع عليها تتحدث بأنه كان عالما فاضلا ، حر الرأى ، واسع المعرفة » ، وأنظر الدكتور محمد سعيد فى رسالة ضوابط المصلحة ص ١٤٣ . وفيها ذكر المؤلف خلاصة مفيدة عن عقيدة الطوفى ومذهبه ، وهو يوافق أستاذنا الشيخ أبوزهرة فى أن الطوفى كان شيعياً وليس حنبلياً ، ويرد على الدكتور مصطفى زيد فى دفاعه عن الطوفى وتبرئته له من التشيع والرفض فراجعه .

وتاريخ هذه النظرية يرجع إلى أوائل القرن الثامن الهجرى . فلقد ذكر الطوفى فى آخر كتابه الأربعين النووية أنه ابتدأ فى تأليفه فى يوم ١٣ من ربيع الآخر ، وفرغ منه يوم الثلاثاء من نفس الشهر سنة ٧١٣ هـ .

والطوفى لم يضع فى هذه النظرية رسالة مستقلة ، ولم يتحدث عنها فى شىء من كتب الأصول التى نسبت إليه ، وإنما أعلنها فى شرح الأربعين النووية أثناء شرحه لحديث « لاضرر ولاضرار » .

المبحث الأول

عرض نظرية الطوفى

وفى هذا المبحث نعرض الأسس التى تقوم عليها نظرية الطوفى فى المصلحة ، ثم الأدلة التى استدل بها على صحتها ، وذلك فى فرعين :

الفرع الأول

الأسس التى قامت عليها النظرية

تقوم نظرية الطوفى فى المصلحة على أسس أربعة :

الأساس الأول : استقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد :

إن أهم ما يميز نظرية الطوفى فى المصلحة عن غيرها من النظريات أن هذه النظريه تفترض أن العقل البشرى يستقل بإدراك المصالح والمفاسد فى نطاق المعاملات والعادات . يقول الطوفى : « ثم إن الله عز وجل جعل لنا طريقاً إلى معرفة مصالحنا عادة ، فلا نتركه لأمر مبهم (يقصد النصوص الشرعية) ، يحتمل أن يكون طريقاً إلى المصلحة وألا يكون(١) .

ويقول . « ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ من أدلته . . . (لأن) هـذا إنما يقال فى العبادات التى تخفى مصالحها عن مجارى العقول والعادات . أما مصلحة سياسة المكلفين فى حقوقهم فهى معلومة لهم بحكم العادة والعقل ، فإذا رأينا دليل الشرع متقاعداً عن إفادتها ، علمنا أنا أحلنا فى تحصيلها على رعايتها(٢) .

---

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٣٣ .

(٢) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٤٠ .

ولقد خالف الطوفى فقهاء الجماعة فى هذا الأساس . فلقد رأينا من دراستنا السابقة لنظرية المصلحة فى فقه الأئمة أن أحداً منهم لم يؤسس نظريته فى المصلحة على افتراض أن العقل يستقل بدرك المصالح والمفاسد دون اهتداء بالنصوص الشرعية التى تشهد لنوع المصلحة أو لجنسها بالاعتبار .

الأساس الثانى — المصلحة دليل شرعى مستقل عن النصوص .

أن نظرية الطوفى تقوم على أساس أن المصلحة دليل شرعى مستقل عن النصوص ، ومعنى هذا أن المصلحة لا تعتمد فى حجيتها على شهادة النصوص لنوعها أو لجنسها بالاعتبار ، وإنما تعتمد على حكم العقل وحده ، فالمصلحة عند الطوفى تعنى ما يحكم العقل بأنه مصلحة غير مهتد فى هذا الحكم بنصوص الشريعة ، وإنما بالعادات والتجارب وحدها .

ولقد عرفنا من دراستنا السابقة أن كل من قالوا باعتبار المصلحة دليلا شرعياً صرحوا بأن المصلحة تعتمد فى دلالتها على النصوص الشرعية ، وأن المصلحة لا يؤخذ بها إلا إذا كانت ملائمة لتصرفات الشارع ، وفسروا هذه الملاءمة بالدخول تحت جنس شهدت له النصوص فى الجملة ، ومن ثم جاز لنا القول بأن الاستدلال بالمصلحة عند هؤلاء هو استدلال بمعقول النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، فالمصلحة التى يحتج بها هؤلاء هى المصلحة التى تستمد حجيتها من النص ، لا التى تناكب النص هذه الحجية . أما الطوفى فإنه يفسر المصلحة التى يعدها أقوى الأدلة الشرعية بأنها ما يحكم به العقل وترشد إليه العادات والتجارب ، ومن هذه الناحية يمكن القول بأن الطوفى قد شذ عن فقهاء الجماعة الإسلامية عموماً ، وعن فقهاء المذهب الحنبلى خصوصاً كما قال أستاذنا الجليل فضيلة الشيخ أبو زهرة فى كتابه ابن حنبل(١) .

---

(١) المرجع السابق .

ومما يؤكد أن الطوفى يعنى بالمصلحة التى يحتج بها المصلحة التى يحكم بها العقل وحده أمور :

أولا . أن الطوفى بعد أن عرف المصلحة بالسبب المؤدى إلى مقصود الشارع ، رفض كل تقسيم للمصلحة ، حاكما على تقسيمات كتاب الأصول الذين سبقوه بالعبث ، رامياً هؤلاء الكتاب بالتعسف والتكلف(١) . وهذا يعنى أن المصلحة يحتج بها عنده ، دون اشتراط لعدم منافضة النص ، ودون حاجة إلى الملاءمة لجنس تصرفات الشرع أو الدخول تحت الأصول الشرعية التى تشهدلها النصوص فى الجملة. لا فرق عنده بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية . وهذه هى المصلحة التى يستقل بها العقل .

ثانياً : اعتراف الطوفى بأن طريقته ليست هى القول بالمصالح المرسلة التى يقول بها مالك . يقول : « واعلم أن هذه الطريقة التى ذكرناها . . . ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هى أبلغ من ذلك ، وهى التعديل على النصوص والإجماع فى العبادات والمقدرات ، وعلى اعتبار المصالح فى المعاملات وباقى الأحكام»(٣).

فإذا كانت المصلحة المرسلة التى يقول بها مالك رضى الله عنه ، هى المصلحة الملائمة لجنس اعتبرته النصوص فى الجملة ، وكانت المصلحة بهذا المعنى طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص ، وكان الطوفى يصرح بأن طريقته ليست هى القول بالمصالح المرسلة ، كانت المصلحة التى يقول بها هو هى المصلحة التى يستقل العقل بها ، دون اهتداء بنصوص الشريعة التى تشهد لنوعها أو لجنسها بالاعتبار ، أو بعبارة أخرى ، هى المصلحة المقابلة للنص ، لا المعتمدة عليه . ومن ثم كان القول بأن المصلحة تخصص النص

---

(١) راجع ما سبق .

(٢) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٣٠ .

عند الطوفى يعنى ترك النص لما يحكم به العقل ، وقد رفض المالكية حكم العقل المجرد ، وسموه مصلحة غريبة

ثالثاً : اعتراف الطوفى بأن الطريقة التى جاء بها تخالف ما كانت عليه الأمة الإسلامية من أول الإسلام إلى حين قال بها، يقول: « فان قيل . هذه الطريقة التى سلكتها إما أن تكون خطأ فلا يلتفت إليها ، أو صواباً . فإما أن ينحصر الصواب فيها أم لا ، فإن انحصر لزم أن الأمة من أول الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ ، إذ لم يقل بها أحد منهم ، وإن لم ينحصر فهى طريقة جائزة من الطرق ، لكن طريق الأئمة التى اتفقت الأمة على اتباعها أولى بالمتابعة ، لقوله عليه السلام. « اتبعوا السواد الأعظم ، فإن من شذ شذ فى النار » — فالجواب أنها ليست خطأ لما ذكرنا عليها من البرهان ، ولا الصواب منحصر فيها قطعاً ، بل ظناً واجتهاداً وذلك يوجب المصير إليها ، إذ الظن فى العرفيات كالقطع فى غيرها . وما يلزم من هذا من خطأ الأمة فيما قبله لازم على كل ذى رأى أو طريقة انفرد بها غير مسبوق إليها ، والسواد الأعظم الواجب اتباعه هو الحجة والدليل الواضح ، وإلا لزم أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم ، لأن العامة أكثر ، وهم السواد الأعظم[(١)] .

فإذا كان الطوفى يصرح بأن نظريته فى المصلحة تخالف ما أجمعت عليه الأمة ، وسار عليه الأئمة الأربعة ، ومن سبقهم ، وجاء بعدهم من المجتهدين ثم رأيناه يؤكد أكثر من مرة أن تقديم المصلحة على النص والإجماع إنما يكون بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما أو التعطيل لهما ، ويصرح بأن فرض تخالف المصلحة المحققة ، والنص القاطع فرض باطل وغير متصور، ثم رأينا بعض الكتاب يفسر مذهب المالكية والغزالى

---

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٣٥ .

بأنهم يقدمون المصلحة على النصوص الظنية من جهة المتن أو السند ، كان لا مناص من المصير إلى أن وجه المخالفة بين نظرية الطوفى ، وما سارت عليه الأمة قبله ، هو أن الطوفى يعنى بالمصلحة حكم العقل المجرد ، فى حين أن مالكا والغزالى يقصدان بالمصلحة ما يدخل تحت أصل كلى شهدت له النصوص فى الجملة كما سبق .

الأساس الثالث : مجال العمل بالمصلحة هو المعاملات والعادات دون العبادات .

يرى الطوفى أن المصلحة إنما يؤخذ بها كدليل شرعى فى مجال المعاملات والعادات، أما العبادات والمقدرات . فإن المصلحة لا تصلح دليلا فيها ، بل المتبع فيها النص والإجماع وبقية الأدلة الشرعية فيقول . « إن الكلام فى أحكام الشرع إما أن يقع فى العبادات والمقدرات ونحوها . أو فى المعاملات والعادات وشبهها . فان وقع فى الأولى اعتبر فيه النص والإجماع ونحوهما من الأدلة »(١) .

ويقول : « وإنما اعتبرنا المصلحة فى المعاملات ونحوها دون العبادات وشبهها . لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته . فيأتى به العبد على ما رسم له »(٢) .

فأساس التفرقة إذن بين العبادات والمعاملات يرجع – فى نظر الطوفى – إلى أن الشارع قد قصد العبادات لحق نفسه . وقصد المعاملات لنفع العباد . ومن ثم فهو أدرى بحقه فى العبادات لأن هذا الحق لا يعرف كماً وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته . وذلك باتباع النصوص التى ضمنها الشارع

---

(١) شرح الأربعين النووية للطوفى، ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٤٠ .

قصده وإرادته . وأما فى المعاملات فالعباد أدرى بمصالحهم . ومن ثم كان لهم تحصيل هذه المصالح وإن خالفت نصوص الشارع .

ولقد رأينا أن الشاطبي المالكى يؤكد أن نطاق العمل بالمصالح المرسلة هو العادات والمعاملات دون العبادات . وبذلك يكون الطوفى موافقاً المالكية من هذه الناحية . مع فارق كبير فى نوع المصلحة التى يأخذ بها كل منهم قد سبق بيانه .

الأساس الرابع — المصلحة أقوى أدلة الشرع :

من أهم الأسس التى تقوم عليها نظرية الطوفى فى المصلحة أن المصلحة أقوى الأدلة الشرعية على الإطلاق. ومن ثم لم يقف الطوفى عند حد القول بأن المصلحة حجة إذا فقد النص والإجماع على عين الحكم فى النوازل التى يراد معرفة حكم الشرع فيها . ولكنه قرر أن المصلحة قد تعارض نص الكتاب والسنة . وتخالف الحكم الذى أجمع عليه المجتهدون فى الأمة الإسلامية. وهو يرى أن الطريق لحل هذا التعارض وإزالة ذلك التخالف هو تقديم المصلحة على النص والإجماع بطريق التخصيص والبيان لا بطريق التعطيل والافتئات فيقول : « وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع . وتخصيصها به فى نفى الضرر وتحصيل المصلحة . لأنا لو فرضنا أن بعض أدلة الشرع تتضمن ضرراً — فإن نفيناه بهذا الحديث كان عملا بالدليلين . وإن لم ننفه به كان تعطيلا لأحدهما . وهو هذا الحديث . ولا شك أن الجمع بين النصوص فى العمل بها أولى من تعطيل بعضها »(١) .

ثم يعدد أدلة الشرع المتفق والمختلف عليه منها ويقول : « وهذه الأدلة ... أقواها النص والإجماع . ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة

---

(١) شرح الأربعين النووية للطوفى . ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٠٨ .

أو يخالفاها . فإن وافقاها فبها ونعمت ولا نزاع إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم : النص والاجماع ورعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » . وإن خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما. بطريق التخصيص والبيان لهما . لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان »(١) .

ففرض التخالف والتعاند إذن بين المصلحة والنص أو الإجماع فرض لا يرى الطوفى فيه بعداً . بل هو يصرح بإمكانه ثم يرسم الطريق لإزالته فيقول« وإن خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما»

ولكن ماهو النص الذى يفترض الطوفى مخالفة المصلحة له ، ووجوب تقديمها عليه ؟ أهو النص القطعى من جهة السند والمتن ، أم هو النص الذى فاتت قطعيته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تشكل أهم جانب من جوانب نظرية الطوفى فى المصلحة ، فإن بعض الفضلاء يرى أن موضع النزاع بين الطوفى وفقهاء الجماعة الإسلامية ينحصر فى الإجابة على هذا السؤال . ذلك أن فقهاء الجماعة ، فى نظر هذا الفاضل ، يقولون بتقديم المصلحة على النص الذى فاتت قطعيته من أحد طرفيه ، إما متنه وإما سنده ، دون النص القطعى ، فى حين أن الطوفى ، كما يرى سيادته ، يقدم المصلحة على النص الذى توافرت فيه القطعية من جهتيه ، جهة السند والمتن(٢) .

---

(١) شرح الأربعين النووية للطوفى ، ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٠٩ ، ١٧ .

(٢) راجع ابن حنبل لأستاذنا الفاضل الشيخ محمد أبو زهرة حيث يقول : فى بيان موضع النزاع بين الطوفى وبين غيره من الفقهاء الذين ارتضى فضيلته طريقهم أن « موضع النزاع بينه وبين غيره من الفقهاء الذين ارتضينا طريقهم ، وهم الذين اعتبروا المصلحة الفقهية أصلا فقهياً =

وهـذا يعني — في نظر هذا الفاضل — أن الطوفي لو قصر دعواه على وجوب تقديم المصلحة على النص الظني دون القطعي . لـكان موافقاً لفقهاء الجماعة . ولما كان هناك محل للقول ببطلان نظريته في المصلحة . وهو مالا نسلمه . ذلك أن المصلحة التي يرى المالـكية وغيرهم تقديمها على النص الظني . على فرض قولهم بذلك . هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع، والتي تدخل تحت أصـل قطعي شهدت له النصوص في الجملة . فالمقدم على النص الظني . والمخصص له في الواقع ونفس الأمر هو النصوص الشرعية الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار . وليست مصلحة غريبة يحكم بها العقل ، فإن هذه المصلحة قد صرح شيوخ المالـكية وغيرهم أنها لا تصلح دليلا في التشريع فضلا عن أن تقدم على النصوص الشرعية . أما المصلحة التي يزعم الطوفي أنها حجة ، فهي المصلحة التي تعتمد على حكم العقل . ولا تشهد لها النصوص بأي نوع من أنواع الشهادة كما سبق . فهي المصلحة التي تقابل النص لا التي تعتمد عليه . وقد بينا أن المصلحة بهذا المعنى ليست حجة على الإطلاق . فضلا عن أن تناكب النصوص هذه الحجية . ولنرجع إلى إجابة السؤال الذي عرضناه . خاصاً بالمقصود من النص الذي يفترض الطوفي مخالفة المصلحة له . وتقديمها عليه .

= قائماً بذاته يؤخذ بها ، وإن لم يكن هناك نص خاص شاهد لها أو لنوعها بالاعتبار . . . في التعارض بين المصلحة المحققة والنص القاطع في سنده ، ودلالته ، لقد فرض الطوفي أن التعارض يتحقق ، وأنه يقدم المصلحة على هذا النص ، وقرر المالـكيون ، ومن سلك مسلـكهم من الحنابلة غير الطوفي أن المصلحة ثابتة حيث وجد النص ، فلا يمـكن أن تـكون هناك مصلحة مؤكدة أو غالبة والنص القاطع يعارضها . . . وهي لا تقف أمام النص الذي جاء عن الشارع، وثبت ثبوتاً قطعياً لا مجال للنظر فيه ، ولا في دلالته . أما إذا ثبت الحـكم بنص قد ثبت بالظن، إذ كان الاحتمال في سنده ، أو كانت دلالته ظنية ، فقد قرر أحمد بن حنبل أن النص أولى بالاعتبار . . . وأما مالك فقد أثر عنه أنه يخصص ما يثبت بالنظر — بالقياس أن تضافرت شواهد القياس ، واعتمد على أصل مقطوع به ، والمصلحة عنده من هذا الصنف أن ثبت بطريق قطعي . . . وإن كان بخبر آحاد يكون ذلك تضعيفاً لنسبته عن طريق الشذوذ في متنه، لأنه إن خالف مصلحة راجحة مؤكدة يكون مخالفاً لمجموع الشواهد الشرعية المثبتة لطلب المصالح ودفع المضار « ٣٠٧ — ٣٠٨ » .

الذى نراه أن النص الذى يسلم الطوفى إمكان التعارض بينه وبين المصلحة . وبالتالى تقديم الأخيرة عليه . هو النص الظنى. أما النص الذى حصلت فيه القطعية من كل جهة فإن الطوفى يمنع تخالفه مع المصلحة .فضلا عن أن يقول بتقديم المصلحة عليه .

وسندنا فى هذا الرأى هو العبارات التى قدم بها الطوفى مذهبه. وهى فى نظرنا تفيد ، إذا أخذت بمجتمعه . أن الطوفى لا يرى فرض التخالف بين المصلحة والنص القطعى واقعاً . ومن ثم وجب تفسير مذهبه فى ضوء هذه الحقيقة . وإليك بعض هذه العبارات :

١ — يقول الطوفى « فإن فرض عدم احتماله (النص) من جهة العموم والإطلاق ونحوه وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه — منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة ، فيعود إلى الوفاق وإن كان آحاداً محتملا فلا قطع وكذا إن كان متواتراً محتملا أو آحاداً صريحاً لا احتمال فى دلالته بوجه لفوات قطعيته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده(١) » .

فالطوفى يصرح أن المصلحة إنما تخالف النص « لفوات قطعيته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده » أما إذا « فرض عدم احتماله من جهة عموم أو إطلاق ، وحصلت فيه القطعية من كل جهة » فان الطوفى يمنع أن مثله يخالف المصلحة وهـذا نص صريح أو كالصريح فى أن الطوفى لا يفرض التعاند والتخالف بين المصلحة والنصوص الشرعية التى توافرت لها القطعية من جهة الدلالة والسند وإن هذا التخالف ممكن ومتصور بين المصلحة ونص ثبت بطريق الظن كخبر الواحد أو الإجماع المنقول بطريق الآحاد أو كان ثبوته قطعياً كالقرآن والخبر المتواتر والإجماع المنقول بالتواتر ولكنه ظنى الدلالة بأن يكون عاماً أو مطلقاً إذ دلالة العام والمطلق عند الجمهور تفيد الظن لا القطع .

---

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٢٢ ، ٣٠ .

حقاً إن الطوفى أطلق القول بوجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع فى مواضع بحثه، دون أن يفرق بين النص القاطع وغير القاطع ولكن هذا لا يؤخذ منه أنه يرى تقديم المصلحة على النص القاطع وذلك للأسباب الآتية :

١ — لأن ما أطلقه الطوفى فى مواضع من بحثه قيده فى عبارته السابقة حيث قرر أن ماحصلت فيه القطعية من كل جهة لا يخالف المصلحة وإنما يخالفها النص الذى فاتت فيه القطعية من أحد طرفيه إما متنه أو سنده ».

٢ — فى كل موضع اطلق فيه تقديم المصلحة على النص بين المراد من هذا التقديم بما يفيد ويؤكد أن النص الذى تقدم عليه المصلحة هو نص ظنى الدلالة، أى فاتت قطعيته من جهة متنه وهاك بعض هذه العبارات :

يقول: إن معنى لاضرر ولاضرار، نفى الضرر والمفاسد شرعاً، وهو نفى عام إلا ماخصه الدليل، وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع، وتخصيصها به فى نفى الضرر وتحصيل المصلحة »[١]. ويقول : إن النص والإجماع إن خالفا المصلحة، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما، بطريق التخصيص والبيان لها، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما»[٢].

فأنت تراه بعد أن يذكر وجوب تقديم المصلحة على النص يردفه بقوله إن هذا التقديم إنما هو بطريق التخصيص والبيان، وليس بطريق التعطيل والافتئات، ومعنى هذا أن المصلحة إنما تعارض النص العام أو المطلق. وحيث إن دلالة العام أو المطلق ظنية عند جمهور الفقهاء[٣] فإن الطوفى

---

(١) المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٠٨.

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٩.

(٣) انظر فى بيان أن العام ظنى الدلالة رأى كتاب الأصول فيما يأتى :

يقول الأسنوى فى باب التعادل والترجيح « الثانى أن يكون أحدهما (أى الدليلين) أخص من الآخر مطلقاً فحينئذ يرجح الخاص على العام، ويعمل بهما جمعاً بين الدليلين ... ولافرق فى =

يكون قائلا بمعارضة المصلحة لنص ظني الدلالة ، أما إذا كان النص خاصاً فالمصلحة لاتعارضه ، لأن دلالة الخاص قطعية باتفاق الفقهاء ، وهو مايعنيه الطوفي بقوله « لابطريق الافتئات عليهما والتعطيل لها ، لأنه لامعنى للقول

= ذلك بين أن يكون الخاص مظنوناً والعام مقطوعاً به أم لا ، كما قاله في المحصول ، لأن تخصيص المعلوم بالمظنون جائز على الصحيح (نهاية السول ج ٤ ص ٤٦٣) .

ويقول الشيخ بخيت في تعليقه عليه « وعند الشافعية دلالة العام ظنية بخلاف الخاص فإن دلالته قطعية ، فيكون الخاص مخصصاً للعام مطلقاً » . نهاية السول ج ٤ ص ٤٦٢ حاشية رقم ٢ .

ويقول الشوكاني في إرشاد الفحول « فعند الشافعية يبنى العام على الخاص لأن ما تناوله الخاص متيقن وما تناوله العام ظاهر مظنون والمتيقن أولى » إرشاد الفحول ص ١٦٣ وأنه « قد تقرر أن الخاص أقوى دلالة من العام والأقوى أرجح » . ارشاد الفحول ص ١٦٣ .

ويقول مستدلا للجمهور على تقديم الدليل الظني كالقياس وخبر الواحد على عام القرآن والخبر المتواتر ، وهما يفيدان القطع من حيث الثبوت « أن العموم وخبر الواحد دليلان متعارضان ، وخبر الواحد أخص من العموم ، فوجب تقديمه على العموم » أرشاد الفحول ص ١٦٣ . وان دلالة العام على إفراده ظنية لا قطعية فلا وجه لمنع تخصيصه بالأخبار الصحيحة الآحادية إرشاد الفحول ص ١٥٨ .

ويحكي دليل الجمهور على تقديم القياس وهو دليل ظني على عام الكتاب والحديث المتواتر ، وهما قطعيان في السند فيقول : « واحتج الجمهور بأن العموم والقياس دليلان متعارضان ، والقياس خاص فوجب تقديمه ، وبهذا تعرف أنه لا ينهض احتجاج المانعين بقولهم لو قدم القياس على الخبر لزم تقديم الأضعف على الأقوى ، وأنه باطل ، لأن هذا التقديم إنما يكون عند إبطال أحدهما بالآخر فاما عند الجمع بينهما ، وإعمالها جميعاً فلا » . إرشاد الفحول ص ١٥٩ .

ويقول صاحب التنقيح ((هو القاضي صدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧) « لكن عند الشافعي رحمه الله تعالى هو (أي العام) دليل فيه شبهة فيجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس ، لأن كل عام يحتمل التخصيص وهو شائع فيه » . شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ج ١ ص ٣٩ . ويقول صاحب التلويح : (هو سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢ » وعند الشافعي يخص العام بالخاص في الواقع لأنه ظني ، والخاص قطعي فلا يثبت حكم التعارض » .

فاذا كانت دلالة العام والمطلق ظنية والتخصيص للعام والتقييد للمطلق بياناً وليس نسخاً ، صح ما قلناه من إن الطوفي إنما يقدم المصلحة على النص الظني دون القطعي ، ولم يكن في مذهبه الباطل متعلق لبعض من جاءوا على قدمه فأعلنوا أن المصلحة تقدم على النص الخاص الذي ليس تحته إلا فرد واحد وأنها ترفع جميع مدلول النص ، وأن ذلك من باب التعطيل للنصوص الشرعية ، وليس من باب النسخ ، مع أن الطوفي لم يذهب في زيغه إلى هذا الحد .

بأن المصلحة تعارض الخاص وتقدم عليه ، إلا التعطيل له والافتئات عليه ؛ إذ دلالة الخاص على معناه دلالة قطعية ، وليس تحته أفراد يخرج بالمصلحة بعضها ويبقى بعضها ، بل إن تقديم المصلحة عليه لايعنى إلا النسخ ورفع جميع مدلوله . والطوفى يحرص فى كل عبارة ذكر فيها تقديم المصلحة على النص ، على أن يؤكد أن هذا التقديم إنما يكون بطريق البيان أو التخصيص ، حتى تكون المصلحة معارضة لنص ظنى الدلالة ، وليس بطريق التعطيل لكل مدلول النص لأنها بذلك تكون معارضة لخاص قطعى الدلالة لا يمكن تخصيصه أو الإخراج منه .

٣ — والطوفى يقرر أن الضرر إذا اقتضاه دليل خاص وهو مايعبر عنه بأن الضرر بمجموع مدلول النص اتبع الدليل ولا عمل للمصلحة ، وذلك لأن دلالة الخاص قطعية ، وأما إذا اقتضى الضرر دليل عام ، وهو ما يعبر عنه الطوفى بأن الضرر ببعض مدلول النص ، فإن المصلحة تخصص هذا العام لأنه ظنى الدلالة ، وتخرج بعض مدلوله ، أى الأفراد التى تضمن تطبيق النص على عمومه عليها ضرراً يربو على المصلحة التى قصد بالنص تحقيقها . وعبارة الطوفى هكذا « لالحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص مخصص »[1] ويقول وإنما كان الضرر منتفياً شرعاً فيما عدا ما استثنى »[2] ويقول وتقرير ذلك أن النص والإجماع إما ألا يقتضيا ضرراً ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك فهما موافقان لرعاية المصلحة ، وإن اقتضيا ضرراً — فإما أن يكون الضرر بمجموع مدلوليهما أو بعضه ، فإن كان بمجموع مدلوليهما فلابد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام « لاضرر ولاضرار » وذلك كالحدود والعقوبات على الجنايات ، وإن كان الضرر بعض مدلوليهما — فإن اقتضاه دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه

---

(١) المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٠٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٠٧ .

دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » جمعاً بين الأدلة »(٢) .

فهو يؤكد أنه إذا كان الدليل على الضرر المدعى نصاً خاصاً مخصصاً ، اتبع النص لأن دلالة الخاص قطعية ، وما ادعى أنه ضرر ليس بضرر فى نظر الشارع . بل هو مطرح ملغى اعتباره فى مقابل المصلحة ، المترتبة على تطبيق النص ، ومثل لذلك بالضرر الذى يصيب الجانى فى الحدود والعقوبات ، ويرى أن مثل هذا الضرر يجب أن يكون مستثنى من أصل منع الضرر والضرار ، بمعنى أنه ليس بضرر فى الواقع ونفس الأمر . والذى دعا الطوفى إلى استثناء الضرر الذى ثبت بدليل خاص ، أن النص الخاص قطعى، فتقديم رعاية المصلحة عليه ، يعنى تقديم المصلحة على النص القاطع ، وهو لا يرى ذلك جائزاً ، لأنه افتئات على النص ، وتعطيل له ، ونسخ لجميع مدلوله .

وتفرقته بين نص يكون الضرر جميع مدلوله ، ونص يكون الضرر بعض مدلوله ، وتجويزه تخصيص الثانى دون الأول بالمصلحة ، معناه أن المصلحة تعارض النص الظنى لا القطعى ؛ إذ النص الذى يعتبر الضرر جميع مدلوله هو نص خاص . ومعنى كون الضرر جميع مدلوله ، أن الضرر المدعى يترتب على تطبيق النص فى جميع الحالات كقطع السارق ورجم الزانى ، فإن القطع والرجم ضرر وإيلام للمقطوع والمرجوم فى كل حالة ، ولا يمكن القول بأن القطع ضرر فى حالة ، ونفع فى حالة أخرى بالنسبة إلى المقطوع . وإنما هو إضرار به وإيلام له على كل حال . فيقال إن النص خاص فى هذا الضرر . أى الضرر الذى يصيب المحدود ، أو أن الضرر جميع مدلول النص ، فلا يمكن رفعه إلا برفع جميع مدلول النص ، وهذا ليس بتخصيص ولا بيان ، ولكنه افتئات على النص وتعطيل له

---

(١) المرجع السابق ص ٢١٠

يأباه الطوفى كما تصرح به عبارته . فى حين أن النص الذى يكون الضرر بعض مدلوله، نص عام ، ودلالة العام ظنية على رأى الجمهور ، ومعنى كون الضرر بعض مدلول النص ، أن تطبيق النص فى بعض الحالات يحقق المصلحة المقصودة منه ، دون حدوث ضرر أشد . أو فوات مصلحة أهم ؟ ولكنه فى الحالات الأخرى. لا يترتب على هذا التطبيق تحصيل المصلحة المقصودة منه . أو مع حصول تلك المصلحة . تفوت مصلحة أقوى . أو يحدث ضرر أشد .

الفرع الثانى

أدلة النظرية

وفى هذا الفرع نعرض الأدلة التى قدمها الطوفى على حجية المصلحة . ثم أدلة تقديمها على النص والإجماع وذلك فى مطلبين :

المطلب الأول

الأدلة على حجية المصلحة

استدل الطوفى على حجية المصلحة من جهة الإجمال والتفصيل .

أما دليل الحجية من جهة الإجمال فهو قوله تعالى « ياأيها الناس قد جاءكم موعظة من ربكم وشفاء لما فى الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين . قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون » . ودلالة هذه الآيات على حجية المصلحة من وجوه بينها الطوفى بقوله :

أحدها : قوله عز وجل « قد جاءتكم موعظة » حيث اهتم بوعظهم ، وفيه أكبر مصالحهم ؛ إذ فى الوعظ كفهم عن الردى ، وإرشادهم إلى الهدى . الوجه الثانى : وصف القرآن بأنه شفاء لما فى الصدور ، يعنى من شك ونحوه

وهو مصلحة عظيمة. الوجه الثالث والرابع : وصفه بالهدى وبالرحمة ، وفى الهدى والرحمة غاية المصلحة الوجه الخامس : إضافة ذلك إلى فضل الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة . الوجه السادس : أمره إياهم بالفرح بذلك . فقوله عز وجل : «فبذلك فليفرحوا ، ..» هى فى معنى التهنئة لهم ،والفرح أوالتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة . الوجه السابع : قوله عز وجل « هو خير مما يجمعون » . والذى يجمعونه هو من مصالحهم . فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم ، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة» .

ثم قال بعد بيان هذه الوجوه « فهذه سبعة أوجه من هذه الآيات تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها ولو استقرات النصوص لوجدت على ذلك أدلة كثيرة [١] .

وفى بيان اهتمام الشارع بالمصلحة على وجه التفصيل ذكر الطوفى مقدمة حقق فيها أن أفعال الله معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم . لا ينفع الله عز وجل ، وأن رعاية المصالح واجبة من الله حيث التزم التفضل بها . لا واجبة عليه . وبعد هذه المقدمة أخذ فى سرد الأدلة التفصيلية على حجية المصلحة فقال إن هذه الأدلة هى الكتاب والسنة والإجماع والنظر .

١ — أما الكتاب فقد ذكر منه قوله تعالى « ولكم فى القصاص حياة » ، «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ، « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ثم أردف هذه الآيات بقوله « ورعاية مصلحة الناس فى نفوسهم ، وأموالهم ، وأعراضهم فيما ذكرنا ظاهرة ، وبالجملة فما من آية فى كتاب الله عز وجل إلا وهى تشتمل على مصلحة أو مصالح » .

٢ — وأما السنة فقد استدل منها بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يبيع بعضهم على بيع بعض ، ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ثم قال « وهذا ونحوه فى

---

(١) شرح الأربعين النووية ، ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الاسلامى ٢١٢ .

السنة كثير ، لأنها بيان الكتاب ، وقد بينا اشتمال كل آية منه على مصلحة والبيان على وفق المبين »(١) .

٣ — وأما الإجماع فقد استدل به الطوفى على حجية المصلحة فقال: « قد أجمع العلماء — إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية — على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد ، وأشدهم فى ذلك مالك حيث قال بالمصالح المرسلة ، وفى الحقيقة لم يختص بهما ، بل الجميع قائلون بهما ، غير أنه قال بهما أكثر منهم . وحتى إن المخالفين فى كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح ، ومن ثم علل وجوب الشفعة برعاية حق الجار ومصلحته ، وجواز السلم والإجارة بمصلحة الناس ، مع مخالفتهما للقياس ، إذ هما معاوضة على معدوم ، وسائر أبواب الفقه ومسائله معلل بالمصالح »(٢) .

٤ — وأما استدلال الطوفى بالنظر على حجية المصلحة فمضمونه أن الشارع راعى مصالح عباده فى مبدئهم حيث أوجدهم على الصورة التى ينالون بها مصالحهم ، ومعاشهم ، حيث هيأ لهم سبل العيش ، ويسر لهم أسباب الحياة . وسخر لهم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً منه . ومعادهم ، حيث دعاهم إلى الإيمان الموجب لمصلحة المعاد . وهدى السعداء منهم لنيل الثواب الجزيل . قال الطوفى بعد ذلك « إذا عرف هذا فمن المحال أن يراعى الله عز وجل مصلحة خلقه فى مبدئهم . ومعادهم ومعاشهم . ثم يهمل مصلحتهم فى الأحكام الشرعية . إذ هى أهم ، فكانت بالمراعاة أولى . ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم ، إذ بها صيانة أموالهم ، ودمائهم ، وأعراضهم ، ولا معاش بدونها ، فوجب القول بأنه راعاها لهم ، وإذا ثبت رعايته إياها لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه فإن وافقها النص والإجماع وغيرهما من أدلة الشرع فلا كلام ، وإن خالفها دليل شرعى وفق بينه وبينها بما ذكرناه « من

---

(١) المرجع السابق ٢١٥ .

(٢) شرح الأربعين النووية ، ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢١٥ .

تخصيصه بها ، وتقديمها بطريق البيان »(١).

تلك هى الأدلة التى احتج بها الطوفى على رعاية الشارع لمصالح العباد . وسنرى أن هذه الأدلة لاتدل على مطلوب الطوفى بل تدل على نقيضه تماماً .

المطلب الثانى

أدلة الطوفى على تقديم المصلحة على النص والإجماع

استدل الطوفى على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع بأدلة ثلاثة :

أولها : أن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهى إذن محل وفاق والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه .

ثانيها : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهى سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعاً ، ورعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى. وقد قال تعالى « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم فى شىء » . وقال عليه السلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » .

ثالثها : أنه قد ثبت فى السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها فى قضايا منها معارضة ابن مسعود للنص والإجماع فى التيمم ، بمصلحة الاحتياط فى العبادة ، ومنها مخالفة الصحابة لقوله عليه السلام « لا يصلين أحد منكم العصر إلا فى بنى قريظة » إذ صلى بعضهم قبلها وقالوا لم يرد منا ذلك . ومنها قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد ابراهيم » وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب فى حكمها فتركه لمصلحة الناس ، ومنها أنه عليه

---

(١) المرجع السابق ٢١٧ .

السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : « كيف وقد سمينا الحج ؟ وتوقفوا وهو معارضة النص بالعادة . ومنها ما روى أن النبي عليه السلام بعث أبا بكر ينادى : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فوجده ، عمر فرده ، وقال : إذا يتكلوا . . . وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة ، ومنها أن رجلا دخل المسجد يصلى فأعجب الصحابة سمته فأمر النبى أبا بكر وعمر بقتله فامتنعا وقالا : « كيف نقتل رجلا يصلى » فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . . وظهر أن تركهما الأمر بقتله إنما كان استحساناً منهما مجرداً وهو من باب معارضة النصوص ونحوها بالمصالح مع أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهادهما ، لما علم من نيتهما وصدقهما فى ذلك . ثم قال بعد أن سرد هذه الوقائع : « فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقى أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم ، وانتظام حالهم ، وتحصيل ما نفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق ، وائتلافها عن الاختلاف ، فوجب أن يكون جائزاً إن لم يكن متعيناً ، فوجب أن يكون تقديم رعاية المصلحة على باقى أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين . كما ذكرنا(١) .

المبحث الثانى

مناقشة النظرية

فى هذا المبحث نناقش أدلة الطوفى على اعتبار المصلحة دليلا شرعياً ، ثم أدلته على تقديمها على النص والإجماع وغيرهما من أدلة الشرع ، وذلك فى فرعين :

---

(١) شرح الأربعين النووية ، ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٣٢ .

الفرع الأول

مناقشة أدلة الطوفى على حجية المصلحة

إن الأدلة التى قدمها الطوفى لإثبات أن المصلحة التى يراها العقل مستقلا عن النصوص ، دليل شرعى يقدم على النص والإجماع لا تنتج مطلوبه بل على العكس من ذلك تفيد عكس هذا المطلوب ، وإليك بيان ذلك :

أولا : دليل الطوفى من جهة الإجمال :

رأينا الطوفى يستدل على مطلوبه من جهة الإجمال بقوله تعالى « يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم . . » الآيات ، ويبين أن هذه الآيات تدل على المطلوب من وجوه سبعة ، من قوله تعالى « قد جاءتكم موعظة » ، وفى الموعظة إرشادهم إلى المصالح وكفهم عن المفاسد ، وهو من أعظم مصالحهم ، ومن وصفه القرآن بأنه هدى ، ورحمة ، وشفاء لما فى الصدور من الشكوك ، وهذه كلها مصالح عائدة إلى العباد ، ومن إضافة ذلك لفضل الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا ما فيه مصلحة عظيمة ، ومن أمرهم بالفرح وهو فى معنى التهنئة لهم . والفرح والتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة . وأخيراً من قوله عز وجل « هو خير مما يجمعون » . فجعل القرآن ونفعه أصلح من مصالحهم . والأصلح من المصلحة فى غاية المصلحة .

وهذا الدليل كما ترى يفيد أن نصوص القرآن ما جاءت إلا لرعاية مصالح العباد ودرء المفاسد والإضرار عنهم . وأن الشارع فى كل نص أنزله وفى كل حكم شرعه فى هذا القرآن كان يتجه إلى هذه الغاية . وبهذا يكون الطوفى قد اعترف بأن نصوص القرآن تحقق مصالح العباد . وكان عليه أن يسلم ببطلان أوهام العقول ونزعات النفس على خلاف هذه النصوص . بدلا من أن يجعل هذه الأوهام حاكمة على هذه النصوص بالترك والإهمال .

ثانيا — أدلة الطوفى من جهة التفصيل :

١ — دليل الكتاب : استدل الطوفى على دعواه بآيات القصاص . وحد السرقة والزنا كما رأينا . ثم قال بعد ذلك . « ورعاية مصلحة الناس فى نفوسهم وأموالهم . وأعراضهم مما ذكرنا ظاهرة . وبالجملة فما من آية فى كتاب الله عز وجل إلا وهى تشتمل على مصلحة أو مصالح . كما بيناه فى غـــير هذا الموضع »(١) .

فأنت تراه يؤكد أنه « ما من آية فى كتاب الله إلا وهى تشتمل على مصلحة أو مصالح . فكيف ساغ فى منطقه أن يقرر بعد ذلك أن نصوص القرآن تتقاعد عن إفادة المصالح بل يزعم أن هذه النصوص تأتى مخالفة للمصالح أحياناً ؟ وكيف جعل هذا الدليل منتجاً لهذه الدعوى ؟ أنه تناقض صارخ . وزيف مكشوف .

٢ — دليل السنة : قدم الطوفى سنداً لدعواه أحاديث النهى عن بيع الحاضر للبادى . وعن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها . وعن بيع الرجل على بيع أخيه . ثم أردفها بقوله « وهذا ونحوه فى السنة كثير . لأنها بيان للكتاب . وقد بينا اشتمال كل آية منه على مصلحة . والبيان على وفق المبين(٢) .

وهذا أيضاً إقرار منه بأن الشارع لم يغفل مصلحة عباده . وأنه ضمن الأحكام التى جاءت بها نصوص السنة هذه المصالح . وهذا يفيد عدم إهمال نصوص السنة للمصالح . ويعنى فى ذات الوقت أن هذه النصوص لا يمكن أن تجىء مضادة للمصالح . وهذا عكس ما يدعيه الطوفى ويقدم هذا الدليل لإثباته تماماً .

---

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢١٥ .

(٢) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢١٥ .

٣ — الإجماع : رأينا أن الطوفى قد استدل بالإجماع على دعواه تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع فقال : إن العلماء قد أجمعوا على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد ، وأن المالكية هم أشد الناس عملا بالمصالح المرسلة ، وأن منكرى الإجماع قالوا بالمصالح ، وعللوا بعض الأحكام المنصوصة بالمصالح ودرء المفاسد .

وهذا الدليل غير منتج لمطلوب الطوفى أيضاً ، إذ مطلوب الطوفى أن نصوص الشريعة تتقاعد عن إفادة المصالح أحياناً . وتأتى مضادة لهذه المصالح أحياناً أخرى ، وأن العقل إذا رأى المصلحة فى غير ما جاء به النص أو أجمع عليه علماء الأمة ، وجب تقديم ما يحكم به العقل على مقتضى النص والإجماع وأين هذا مما أنتجه دليل الإجماع الذى ذكره الطوفى . أن أحداً لم يقل مقالة الطوفى فضلا عن أن يدعى إجماع العلماء عليها ، أن الإجماع أفاد أن الأحكام الشرعية التى جاءت بها النصوص معللة بالمصالح ودرء المفاسد ، وغاية ما يدل عليه هذا أن المجتهد إذا عرضت عليه واقعة لم ينص على حكمها عينا ، فانه يعطى هذه الواقعة حكما يحقق المصلحة التى جاءت هذه الأحكام لتحقيقها سواء اشتملت الواقعة على نوع هذه المصلحة . أو على مصلحة من جنسها . وهذا عمل بالقياس فى الحالة الأولى . وبالمصلحة الملائمة فى الحالة الثانية . وقد رأينا أن العمل بالقياس والمصلحة الملائمة استدلال بالنصوص الشرعية واقتباس للحكم من معقولها . وليس تركا لهذه النصوص . ولا تقديماً لحكم العقل المجرد عليها . وإنى لأعجب كيف أخذ الطوفى من إجماع العلماء على تعليل الأحكام المنصوصة بالمصالح ودرء المفاسد جواز ترك هذه الأحكام إذا كان حكم العقل يخالفها ؟

وإما استدلاله على دعواه بأخذ المالكية وغيرهم بالمصالح المرسلة فهو استدلال غريب حقاً . فقد صرح الطوفى نفسه بأن نظريته فى المصلحة مباينة

الصلة بنظرية المصلحة المرسلة عند مالك(١). فكيف جاز في منطقه أن يكون القول بالمصالح المرسلة. وهي مصالح ملائمة تدخل تحت جنس شهدت له النصوص في الجملة. مستلزماً لتقديم المصلحة التي يراها العقل على هذه النصوص؟ وهل هناك تناقض أبلغ وأوضح من هذا؟

وما علاقة قول منكري الإجماع بأن الأحكام التي جاءت بها النصوص الشرعية معللة بمصالح العباد. بدعوى الطوفي ترك هذه النصوص عند مخالفتها لما يرشد إليه العقل من المصالح: أن الذي يعنيه القول بأن الأحكام التي تدل عليها النصوص معللة بالمصالح. هو وجوب التمسك بهذه الأحكام. وعدم الخروج على هذه النصوص. ولو ظن المكلف المصلحة في غيرها.

ومن كل الذي تقدم يظهر لك أن الأدلة التي تقدم بها الطوفي لإثبات دعواه، لا تدل على صحة هذه الدعوى، وإنما، على العكس من ذلك تفيد نقيض هذه الدعوى تماماً. فدعوى الطوفي هي أن نصوص الشريعة تتقاعد عن إفادة المصالح، وتأتي مخالفة لهذه المصالح أحياناً، ومن ثم وجب الاعتماد على حكم العقل، وتقديم ما يعتبره العقل مصلحة على هذه النصوص. والأدلة التي تقدم بها لإثبات هذه الدعوى تفيد أن الشارع الحكيم راعى في أحكامه التي شرعها مصالح العباد في العاجل والآجل، وأن نصوص الكتاب والسنة قد تكفلت بتحصيل هذه المصالح. فما من آية في القرآن، أو حديث في السنة، إلا وهو يشتمل على أحكام تحقق مصلحة أو مصالح، وهي قضية تناقض دعوى الطوفي تماماً.

---

(١) راجع ماسبق.

الفرع الثاني

رد أدلة تقديم المصلحة على النص والإجماع

ذكرنا لك الأدلة الثلاثة التي احتج بها الطوفي لتقديم المصلحة على النص والإجماع ، ونحن الآن نناقش هذه الأدلة ، ونبين ما انطوت عليه من زيف وتناقض وبعد عن قواعد الاستدلال .

الدليل الأول : استدل الطوفي على دعواه وجوب تقديم رعاية المصلحة على الإجماع بأن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهى إذن محل اتفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه . وهذا الدليل باطل لوجوه :

١ — أن بعض منكرى الإجماع كالنظام والشيعة لم يقولوا باعتبار المصالح وبذلك لا يسلم للطوفي أن كل منكرى الإجماع يقولون باعتبار المصالح . أما الشيعة فالمعروف عنهم أنهم لا يرون المصلحة دليلا في التشريع، لأنها رأى ، والدين لا يؤخذ بالرأى عندهم ، وإنما يتلقى عن المعصوم . وأما النظام فقد نقل الجاحظ عنه أنه لا يقول بالإجماع لجواز أن تجمع الأمة كله على الضلال عن طريق الرأى والقياس ، فإذا كان لا يؤمن بالإجماع للسبب الذى ذكره فعدم إيمانه برعاية المصالح من باب أولى[1].

٢ — سلمنا أن كل منكرى الإجماع يقولون برعاية المصالح ، ولكن كيف يخرج الطوفي من هذا بأن المصلحة محل اتفاق ؟ وهل منكرو الإجماع هم كل المجتهدين فى الأمة بحيث إذا قالوا برعاية المصلحة لم يبق فى وجوب رعايتها خلاف ؟ ولم لا يجوز أن ينازع فى اعتبار المصالح بقية المجتهدين ،

---

(١) انظر فى نقل الجاحظ الانتصار للخياط المعتزلى ص ٥١ ، نقله صاحب رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٥٣ .

وهم يمثلون جمهور أهل العلم ، على الرغم من قول شواذ الأمة الرافضين للإجماع بها ؟ . أن هذا النوع من الاستدلال مغالطة مكشوفة لا تخفى على العوام . أن لمنكرى الإجماع من النظام والشيعة وغيرهم أن يقولوا ما شاءوا فى رعاية المصالح ، إما أن يكون قولهم حجة على بقية الأمة فلا .

٣ — سلمنا مع الطوفى أن رعاية المصالح محل اتفاق بين المنكرين والمعترفين بحجة الإجماع . ولكن ما الذى يستفيده الطوفى من هذا ، وقد صرح هو نفسه بأن المصلحة التى يحتج بها هؤلاء الأئمة وعلى رأسهم مالك رضى الله عنه ، هى المصلحة المرسلة ؟ فى حين أن المصلحة التى يقصدها هو ، ويجهد نفسه فى الاستدلال على تقديمها على أدلة الشرع ليست هى المصلحة المرسلة على ما يقول به مالك ، بل هى أبلغ من ذلك ، فلم تكن المصلحة التى يقصدها هى التى اتفق الأئمة عليها ، من قالوا بالإجماع ، ومن أنكروه على حد سواء .

٤ — أن هذا الدليل معارض بمثله ، إذ يمكن أن يقال : إن منكرى رعاية المصالح قالوا بحجية الإجماع ، فهو إذن محل وفاق ، ورعاية المصلحة محل خلاف ، والعمل بما اتفق عليه أولى من العمل بما اختلف فيه ، فيقدم الإجماع على رعاية المصلحة ، دليلنا على أن بعض من قالوا بحجية الإجماع أنكروا رعاية المصالح بما ذكره الطوفى نفسه ، حيث يقول « فقد أجمع العلماء — إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية ، على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد » . فالظاهرية لا يقولون برعاية المصالح فى حين أنهم يحتجون بالإجماع[1] .

---

(١) راجع ابن حزم فى الأحكام يقول : « لا يجوز الحكم إلا بنص كلام الله تعالى ، و نص كلام النبى صلى الله عليه وسلم ، أو بما صح عنه صلى الله عليه وسلم من فعل أو إقرار ، أو إجماع من جميع علماء الأمة كلها متيقن أنه قاله كل واحد منهم ، دون مخالفة من أحد منهم ، أو بدليل من النص ، أو من الإجماع المذكور الذى لا يحتمل إلا وجهاً واحداً » الأحكام لابن حزم ٧ : ٥٥ .

٥ — سلمنا مع الطوفى أن رعاية المصلحة محل اتفاق ، وأن الإجماع ، محل خلاف ، ولكن لا نسلم أن هذا يفيد تقديم رعاية المصلحة على الإجماع ، ذلك أن الاتفاق على رعاية المصلحة نوع من الإجماع ، فما يقال عن الإجماع عموماً يقال عن هذا النوع منه ، فإذا كان الإجماع محل خلاف ، فالإجماع على رعاية المصلحة محل خلاف أيضاً لأنه نوع من الإجماع، فانهار أساس الطوفى الذى بنى عليه هذا التقديم وهو قوة أحد الدليلين وضعف الآخر . أن الطوفى وهو ينمق زيفه وباطله نسى نفسه فوقع فى التناقض الصارخ ، أنه حاول جاهداً أن يضعف من قوة الإجماع فى الحجية وأن يثبت أنه دليل مختلف فيه ، بل قد وقف ما يزيد عن نصف بحثه فى المصلحة على هذه الغاية ثم جاء يستدل على وجوب تقديم المصلحة على الإجماع بأن الإجماع قد انعقد على رعاية المصلحة فصار معنى كلامه أن رعاية المصلحة تقدم على الإجماع لأن رعاية المصلحة مجمع عليها ، والإجماع غير مجمع عليه فهل هناك زيف وتناقض أبلغ من ذلك ؟

الدليل الثانى : استدل الطوفى على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية بأن النصوص متعارضة متخالفة ، فهى سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعاً ، فى حين أن رعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى ، ثم ذكر بعض النصوص الشرعية التى تأمر المسلمين بالاعتصام بحبل الله وعدم التفرق والاختلاف : وساق بعض أمثلة التنازع والخلاف الذى حدث بين اتباع الأئمة جاعلا السبب فى ذلك اختلاف النصوص الشرعية وتعارض دلالاتها .

وهذا الدليل ينطوى على شبهتين : أولاهما ، أن النصوص الشرعية متخالفة متعارضة فهى إذن سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعاً ، والشبهة الثانية أن رعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو

سبب الاتفاق المطلوب شرعاً . وسوف نرد كل واحدة من هاتين الشبهتين على حدة :

الشبهة الأولى : تخالف النصوص وتعارضها :

من الشبه التى استند إليها الطوفى فى تثبيت زيفه الباطل فى تقديم رعاية المصلحة على النص الشرعى ، أن النصوص الشرعية متخالفة متعارضة ، وأن هذا الخلاف يؤدى إلى الخلاف فى الأحكام الشرعية، وأن الخلاف فى هذه الأحكام مذموم شرعاً .

والطوفى إما أن يقصد بتخالف النصوص وتعارضها التخالف والتعارض فى الواقع ونفس الأمر ، وأن الله يأمر بالشىء ونقيضه ، وينهى عن الشىء وضده ، وإما أن يقصد التخالف والتعارض فى الظاهر وبالنسبة إلى المجتهد . بحيث يفهم أحد المجتهدين ، من النص حكماً ، ويفهم منه غيره حكماً آخر . فإن كان الطوفى يقصد تخالف الشريعة وتعارض نصوصها بالمعنى الأول فهذا زيف باطل قامت أدلة الشرع القاطعة على بطلانه ، ولا نعلم أحداً ينتسب إلى دين الله قال هذه المقالة . وعلى الرغم من ظهور هذا الزيف ، فإنى سأقدم الأدلة التى تقطع بفساده وبطلانه . وإن كان الطوفى يقصد التعارض والتخالف ظاهراً وفى نظر المجتهد ، فنحن نوافقه على ذلك ، ولكن لا نسلم معه أن مثل هذا التعارض يؤدى إلى الفرقة والتناحر والخلاف الذى جاءت النصوص بذمه والتحذير منه وإليك بيان ذلك :

أولا : بطلان دعوى تعارض النصوص فى الواقع ونفس الأمر

أن الأدلة الشرعية لا تتعارض فى الواقع ونفس الأمر والدليل على ذلك أمور :

أحدها : أدلة القرآن . من ذلك قوله تعالى « ولو كان من عند غير الله

لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » . فنفى أن يقع فى نصوص القرآن اختلاف وتعارض ألبتة ، ولو كانت هذه النصوص متخالفة متعارضة كما يقول الطوفى ، لم يصدق هذا الكلام على حال . ومنه قوله تعالى « فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول » وهذه الآية صريحة فى أنه لا اختلاف ولا تعارض فى نصوص الشريعة ، فإن الله رد المتنازعين إلى نصوص الشريعة ، وليس ذلك إلا ليرتفع الخلاف ، ولا يرتفع الخلاف إلا بالرجوع إلى أمر لا اختلاف ولا تعارض فيه ؛ إذ لو كان فيه ما يقتضى الاختلاف والتعارض ، كما يزعم الطوفى ، لم يكن فى الرجوع إليه رفع تنازع ، وهذا باطل ، ومن ذلك قوله تعالى « ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات » والبينات هى نصوص الشريعة . فلولا أنها لا تقتضى الاختلاف والتعارض ولا تقبله ألبتة لما قيل لهم : من بعد ما جاءهم البينات ، ولكان لهم فى نصوص الشريعة أبلغ العذر فى ذلك الاختلاف ، وهذا غير صحيح . فالشريعة لا اختلاف ولا تعارض فى نصوصها ، كما يزعم الطوفى .

ومنه قوله تعالى « كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين ، وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه » ولا يكون حاكماً بينهم فيما اختلفوا فيه . إذا كانت نصوصه متخالفة متعارضة ، كما يهذى الطوفى .

ومن ذلك قوله تعالى « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً ... » الآية إلى قوله : « ولا تفرقوا فيه » ، وقوله تعالى بعد أن ذكر بنى إسرائيل ، وحذر الأمة المسلمة أن تستن بسنتهم « وما تفرقوا إلى من بعد ما جاءهم العلم بغياً بينهم » ، وقوله تعالى « ذلك بأن الله نزل الكتاب بالحق ، وأن الذين اختلفوا فى الكتاب لفى شقاق بعيد » . وهذه الآيات وغيرها كثير تذم

الاختلاف وتأمر بالرجوع إلى نصوص الشريعة ، وهذا قاطع فى أنه لا اختلاف ولا تعارض ولا تناقض فى نصوصها . وأنها على مأخذ واحد وقول واحد فى الواقع ونفس الأمر الذى قصده علام الغيوب ، قال المزنى صاحب الشافعى : « ذم الله الاختلاف وأمر عنده بالرجوع إلى الكتاب والسنة»(١) .

ولقد بلغ من جهل الطوفى وزيفه وتطاوله على أصول الشريعة الخالدة، ونصوصها المقدسة ، أن يستدل بالنصوص التى تلزم بالوقوف عند هذه النصوص ، وترشد إلى أن فى العمل بنصوص الكتاب والسنة خير عاصم من الفرقة والاختلاف الذى يسببه اتباع الهوى ، والجرى وراء أوهام العقول ، ونزعات النفس ، أن يستدل بهذه النصوص على تقديم حكم العقل وما يميل إليه الطبع وتهواه النفس ، وهو ما يطلق عليه رعاية المصالح ، على النصوص المقدسة التى تمسك بها المسلمون الأول فلمتهم بعد شتات ، ووحدت صفوفهم ، وجمعت كلمتهم ، وعاشوا فى ظلها إخواناً متحابين متآلفين ، كما ذكرهم الله بهذه النعمة فقال «إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً ، وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها » ومعلوم أن التأليف كان بهذه النصوص ، ولو كانت النصوص متخالفة ، تؤدى إلى التنازع والتناحر والفرقة ، وأن المخلص من هذا هو تحكيم العقول لوقع الخلف فى خبر الله تعالى . وإذا كان حكم العقل كافياً فلم وقع الخلاف قبل مجىء القرآن ،وقد كانت العقول موجودة عند العرب؟ وإذا كانت النصوص متخالفة متعارضة تؤدى إلى النزاع والفرقة والانقسام كما يقول الطوفى ، فلم اجتمعت كلمة المسلمين بعد افتراق ، حينما تركوا حكم العقول المجردة للنصوص التى التزموا الوقوف عندها، وطبقوا أحكامها ؟

---

(١) انظر الموافقات ٤ : ١٢٠ .

ثانيهما : لو كانت نصوص الشريعة متعارضة متخالفة فى نفسها لأدى ذلك إلى تكليف ما لا يطاق ، لأن النصين إن فرضنا تعارضهما، وفرضنا أنهما مقصودان معاً للشارع ، فإما أن يقال إن المكلف مطلوب بمقتضاهما، أولا، أو مطلوب بأحدهما دون الآخر، والجميع غير صحيح. فالأول يقتضى « افعل » ، « لا تفعل » لمكلف واحد من وجه واحد ، وهو عين التكليف بما لا يطاق . والثانى باطل لأنه خلاف الفرض . وكذلك الثالث ، إذا كان الفرض توجه الطلب بهما ، فلم يبق إلا الأول فيلزم منه ما تقدم .

ثالثها : أن تخالف النصوص وتعارضها فى الواقع ونفس الأمر شىء لا يتصور ، لأن النصين المتعارضين ، إذا قصدهما الشارع مثلا لم يتحصل مقصوده ، لأنه إذا قال فى الشىء الواحد : « افعل » «لا تفعل » فلا يمكن أن يكون المفهوم منه طلب الفعل ، لقوله : « لا تفعل » ، ولا طلب تركه ، لقوله : « افعل » فلا يتحصل المكلف فهم التكليف ، فلا يتصور توجهه على حال»(١).

ثانياً : بطلان أن تعارض النصوص فى نظر المجتهد يؤدى إلى الخلاف المذموم شرعاً

لقد أثبتنا أن تخالف النصوص الشرعية وتعارضها فى الواقع ونفس الأمر باطل وغير متصور، وقدمنا الأدلة الشرعية التى تفيد فى ذلك القطع. أما إذا كان الطوفى يقصد التخالف والتعارض فى الظاهر وفى نظر المجتهد ، بحيث يفهم بعض المجتهدين من النص معنى معيناً ، ويفهم منه البعض معنى آخر . فهذا مسلم لا خلاف فيه ، ولكنه لا يفيد الطوفى فى مطلوبه ، أما أنه مسلم ، فلأنه الواقع ، يقول الشاطبى رضى الله عنه « وأما تجويز أن

---

(١) انظر الموافقات ٤ : ١٢٣ .

يأتي دليلان متعارضان ، فإن أراد الذاهبون إلى ذلك التعارض فى الظاهر وفى أنظار المجتهدين ، لا فى نفس الأمر ، فالأمر على ما قالوه جائز ، ولكن لا يقضى ذلك بجواز التعارض فى أدلة الشريعة . وإن أرادوا تجويز ذلك فى نفس الأمر فهذ لا ينتحله من يفهم الشريعة ، لورود ما تقدم عن الأدلة عليه ، ولا أظن أن أحداً منهم يقوله »(١) .

وأما أنه لا يفيد مطلوب الطوفى فلأن الطوفى قد ربط بين اختلاف المجتهدين فيما تدل عليه بعض النصوص من أحكام ، وبين الاختلاف المذموم شرعاً ، وقال إن النصوص متخالفة متعارضة ، وأن هذا الاختلاف والتعارض سبب الخلاف المذموم شرعاً ، ثم استدل على ذم الخلاف والتحذير منه بنفس النصوص التى سبق لنا الاستدلال بها على بطلان دعوى التعارض والتخالف بين النصوص الشرعية . وزيادة على ماتقدم من أن هذه النصوص تفيد عكس مطلوب الطوفى فإننا نقول: إن الخلاف الذى نهى الشارع عنه ، وحذر منه ليس هو الخلاف فى فهم بعض النصوص التى أمر الله باتباعها ، وإلا كان الشارع متناقضاً مع نفسه إذ يأمر باتباع النصوص والرجوع إليها عند الخلاف ، ومن لازم ذلك أن يفهم بعض المجتهدين من النص معنى ، ويفهم منه البعض معنى آخر ، ثم ينهى الشارع عن هذا الخلاف ويحذر منه ، إن ذلك لا يقول به عاقل . إن الخلاف المذموم هو الناتج من تحكيم العقول ، واتباع الأهواء على خلاف ماجاءت به النصوص الشرعية . ولذلك وجدنا الشارع الحكيم يأمر عباده ، إذا نشب بينهم النزاع ، واشتد الخلاف أن يرجعوا إلى نصوص الكتاب والسنة ففيهما الدواء الناجع والعلاج الحاسم ، وباتباعهما يعود الوفاق بعد الخلاف ، والمحبة والأخوة بعد التباغض والشقاق .

---

(١) الموافقات ٤ : ١٢٩ .

إن النصوص لو كانت تؤدى إلى الخلاف الذى ذمه الشارع وحذر منه ونهى عنه ، لما أنزلها الشارع ولما أمر عباده باتباعها ، وأجاز لهم الاجتهاد فى فهم معانيها ، ولكان الأولى به والأوفق فى تحقيق مقصوده أن يترك العباد يشرعون من النظم ويضعون من القوانين مايلبى حاجاتهم ويحقق سعادتهم ، ويجمعهم على كلمة واحدة ، ويجنبهم مواطن النزاع ويبعد عنهم أسباب الخلاف ، بدلا من إنزال النصوص الشرعية المتخالفة المتعارضة التى أفسدت مابين الأمة من علاقات الأخوة ، وأواصر المودة ، وغرست فى الجماعة الإسلامية بذور العداوة والبغضاء كما يهذى الطوفى .

واقد زعم الطوفى أن هناك نزاعاً وتشاجراً وتنافراً وقع بين أئمة المذاهب بسبب تقديس النصوص الشرعية ، وتفضيل ظواهرها على المصالح التى يراها العقل، فقال : « ومن تأمل ماحدث بين أئمة المذاهب من التشاجر والتنافر علم بصحة ما قلناه » وقال « وما مبعثه (هذا التشاجر والتنافر) إلا تنافس المذاهب فى تفضيل الظواهر ونحوها على رعاية المصالح الواضح بيانها، الساطع برهانها » ، وزعم أن أسباب الخلاف بين العلماء تعارض النصوص والروايات ، وأن عمر بن الخطاب هو المسئول عن ذلك ، لأنه منع الصحابة من تدوين السنة ، وهو يعلم الأمر من الرسول بتدوينها ، وذلك قصداً منه إلى إفساد الشريعة ، ونشر بذور الفرقة والانقسام بين الأمة .

ونغمة الخلاف والتشاجر التى يتكلم عنها الطوفى أكذوبة باطلة من أساسها ، ومحض افتراء على الأئمة الأطهار ، أن الذى نقرؤه عن هؤلاء الأئمة ينم عن الاحترام المتبادل ، والحب الذى يكنه كل إمام لمن سبقه بالفتوى والاجتهاد ، ويدل على أنهم كانوا من أحسن الناس معرفة بأقدار أهل العلم والفضل .

وإذا كان هناك بعض الطعن أو النزاع والشجار من بعض أتباع الأئمة

على بعض ، فإنه قد حدث من أمثال الطوفى الذين لاحظ لهم من الخلق والفضل ، ولا نصيب لهم من العلم والمعرفة . والسبب فيه ليس هو اتباع النصوص وتقديمها على رعاية المصلحة .

وأخيراً أقول للطوفى إنك قررت أن النصوص الشرعية حجة فى العبادات ، وأنه لا عمل للمصلحة فيها ، فهل يعنى كلامك هذا أن النصوص الشرعية متخالفة متعارضة وتؤدى إلى النزاع والانقسام والفرقة فى العادات والمعاملات دون العبادات والمقدرات ونحوها ومصدرهذه النصوص واحد؟ أم يعنىأن الشارع ذم الخلاف وحذر منه فى العادات والمعاملات ، ومدحه وندب إليه فى العبادات التى تنظم علاقة المسلم بربه ، مع أن الخلاف والشجار فى هذه الأخيرة أسوأ عاقبة ، وأضر على الجماعة من الخلاف والنزاع فى الأولى ؟

وأقول له إنك قررت أن النصوص الشرعية حجة فى العبادات ، ثم وضعت القواعد التى تجمع بها بين ظواهر هذه النصوص إذا تعارضت فى نظر المجتهد ، ومعنى ذلك أنك تؤمن بأن التعارض بين النصوص تعارض ظاهر يمكن إزالته بطرق الجمع المختلفة ، وبذلك يقضى على أسباب التنازع والتنافر الذى تزعمه بين الأمة ، فلم لم تتبع نفس الطريق بالنسبة للنصوص المنظمة لمعاملات الناس ، وهل يوجد فارق بين هذين النوعين من النصوص فى هذا الخصوص بحيث يقال إن الجمع ممكن وإزالة التعارض مقدور عليها فى النوع الأول دون الثانى وجميعها آت من عند الله عز وجل ؟ !!

الشبهة الثانية : رعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه :

الشبهة الثانية التى تعلق بها الطوفى وهو يقرر الدليل على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية ، أن رعاية المصلحة أمر حقيقى فى

نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً . ونحن فى إزالة هذه الشبهة نقول :

إن كان الطوفى يقصد برعاية المصلحة أصل اتباع المصالح فى التشريع بحيث يقال عند عرض النازلة أو الواقعة التى يحتاج الناس إلى معرفة حكمها ، أن المحكم فى ذلك هو اعتبار المصالح ، فما على الفقيه إلا أن يطبق أصل اعتبار المصالح على هذه الواقعة ، وذلك بصرف النظر عن نتائج تحقيق مناط أصل اعتبار المصالح فى الوقائع وتطبيقه على الجزئيات ، من مجتهد واحد أو من مجتهدين . إن كان الطوفى يقصد برعاية المصالح ذلك المعنى ، فنحن نوافقه على أنه أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه بعد فرض الاتفاق على حجية المصلحة . ولكننا نقول إن النصوص الشرعية أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه كذلك ، فإذا عرضت الواقعة أو جدت النازلة ، قيل إن المحكم فى ذلك هو نصوص الشرع ، فما على الفقيه إلا أن يعرض الواقعة على النصوص الشرعية . وهذا أمر لا يستدعى خلافاً ، ما دمنا لا ننظر إلى تحقيق مناط هذه النصوص على الوقائع ، وتطبيقها على الجزئيات . فكل من المصلحة والنصوص الشرعية أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه بهذا المعنى . فإذا قلنا بأن المصلحة حجة ، ووافق على ذلك الخصم ، فلا خلاف فى ذلك القدر إذ الفرض عدم الخلاف ، ولكن النصوص كذلك ، فإذا قلنا إن النصوص الشرعية حجة ، فلا خلاف فى هذا القدر ، إذ الفرض عدم الخلاف ، وعلى ذلك فإن استدلال الطوفى غير سليم مادامت النصوص تعادل المصلحة فى هذا القدر .

وأما إذا كان الطوفى يقصد برعاية المصالح ، تحقيق مناط الأصل فى الوقائع ، وتطبيقه على الجزئيات ، بحيث تعرض الواقعة التى يراد معرفة حكم الشرع فيها على المجتهدين فى الأمة ليحكموا فيها وفق المصلحة التى يهدى إليها العقل مسترشداً بالعادات والتجارب ، فإننا لا نوافق الطوفى على أن

المصلحة بهذا المعنى أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، حتى تكون سبباً للاتفاق المطلوب شرعاً . ودليلنا على ذلك الواقع المشاهد ، فقد رأينا العقول التى لا تصدر فى أحكامها عن هدى السماء تختلف فى أصل المصالح والمفاسد ، بل ومع اتفاقهم على أن الأمر مصلحة أو مفسدة ، يختلفون فى الأحكام الجزئية التى تحصل هذه المصالح أو تدفع تلك المفاسد . فقديماً قال قوم لوط : « أخرجوا آل لوط من قريتكم إنهم أناس يتطهرون » فكانت الطهارة مفسدة عقوبتها النفى فى منطق هؤلاء ، وأن المتوطن الصالح الذى يتمتع بخيرات بلده ، هو الذى يزاول اللواطة ويدعو إليها . فهل خلق هؤلاء الناس بلا عقول تهتدى لمعرفة وجه المصالح والمفاسد وهل يظن الطوفى أن العقول لا تختلف فى مصلحة هذا الجرم وفساده ؟

إن الرومان كانوا يعدون عقوبة المدين الذى حكم عليه القدر بالإفلاس فعجز عن وفاء ديونه مصلحة لازمة لحماية التعامل ، وكانوا يرون أن المصلحة تقضى بأن تكون هذه العقوبة استرقاق المدين فى الدين ، وعرضه فى الأسواق للبيع ، فإذا تعدد الدائنون ولم يجدوا من يرغب فى شراء المدين ، قتلوه واقتسموا جثته بينهم ، وليس هنـــاك من يطعن فى عقول فقهاء الرومان الذين خلفوا ثروة فقهية يتغنى بها الغرب والشرق على حد سواء . ولقد جاءت نصوص الشريعة تبين ما فى هذا الحكم من ظلم وجور وضرر وفساد ، وجاء الأمر من عند الله للدائن « فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم » فهل يقول الطوفى أن توزيع جثة المدين بين دائنيه مصلحة لا يختلف فيها ، وهل يقدمها على نص كتاب الله الذى أمر الدائن بالنظرة ، وحبب إليه التصدق بالدين ، وجعله خيراً ومصلحة ؟

ولقد كان الإنجليز يرون المصلحة فى حرمان الإناث من الإرث بالكلية ويحصرون الميراث فى الابن الأكبر لأن مصلحة رجال الإقطاع كانت تتطلب أن يكون شخص واحد مسئولا أمامهم عن الالتزامات التى فرضوها

على عبيد الأرض ، ولم يكن يتصور الإنجليز أن الميراث يصعد إلى أصول الميت ، فمنعوا ميراث الأصول مطلقاً ، وأن ذلك يحقق المصلحة . فهل يقول الطوفى أن هذه المصالح حقيقة فى نفسها لا يختلف الناس فيها ؟ وأن نصوص الشارع التى جعلت « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر » يمكن أن تكون قد أتت مخالفة لمثل هذه المصالح ؟ إن الإنجليز أنفسهم بعد أن طبقوا هذه الأحكام طوال عشرة قرون اكتشفوا أنها لا تحقق المصلحة ، وأن فى التمسك بها ضرراً على الفرد والجماعة وانجهوا أخيراً وفى سنة ١٩٢٥ إلى أحكام الفقه الإسلامى فى الجملة ، فجعلوا للنساء نصيباً مما ترك الوالدان والأقربون ، وأشركو الأبناء فى تركة أبيهم كبيرهم وصغيرهم ، ورأوا أن إعطاء الأصول نصيباً فى الميراث لا يخالف المصلحة ولا يجافى العدالة . بل إن هناك قسماً من أقسام القانون عندهم يطلقون عليه نظام العدالة ، وهى قواعد تطبق فى حالة ما إذا كان تطبيق نصوص القانون يخالف المصلحة ويجافى العدل ، وهذا يعنى أن ما كان عدلا ومصلحة فى الماضى أصبح ظلماً وجوراً تتكفل قواعد العدالة برفعه .

إن القانون الأمريكى يرى أن المصلحة فى إطلاق حرية الشخص فى عمل الوصية التى يتصرف بها فى تركته بعد موته ، ولكن هذه الحرية المطلقة أدت اليوم إلى مفاسد على الفرد والجماعة ، فلقد أصبح الشخص يوصى بتركته كلها ، وهى عدة ملايين من الدولارات لخليلته أو عشيقته تاركاً أولاده عالة يتكففون الناس ، ولقد بدأ رجال الفقه والقضاء هناك ينادون بفرض قيود على هذه الحرية حماية لأسرة الموصى وحفظاً للآداب والنظام العام. وهم بصدد تنفيذ وصية رسولنا « إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير لك من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » .

إن بعض القوانين الوضعية لا ترى فى الاتصال الجنسى غير المشروع

بين رجل وامرأة ، مفسدة ولاضرراً يجب منعه ، إذا لم يكن أحدهما مرتبطاً بعقد زواج مع شخص آخر ، وحتى فى حالة زنا الزوج لاترى هذه القوانين فى هذا الاتصال مفسدة إلا إذا وقع الزنا فى منزل الزوجية ، أما إذا وقع فى مكان آخر فلا يعد جريمة ولا يفوت مصلحة .

إن الواقع المشاهد يقطع بأن العقول تختلف كثيراً فيما يعد مصلحة ومفسدة ، وفى الوسائل التى تحصل هذه المصالح وتدرأ تلك المفاسد وليت الطوفى كما قال أستاذنا الكبير أبو زهرة « قد تخلف به الزمن حتى رأى عصرنا الحاضر ، وتشابك الاجتماع فيه ، وتعقد مسائله ، وحيرة العلماء فى علاجه ، وتضارب آرائهم ، وتباين مذاهبهم ، حتى إن بعضهم ليرى فى الأمر المصلحة كلها ، وهى واضحة لديه وحده ويرى الآخر غيرها ، وتنحدر المذاهب من فلسفة الخاصة إلى متناحر العامة ، فهذا فوضوى ، وذاك اشتراكى ، وذلك يناصر رأس المال فى قوة ، وهذا يناصره باعتدال ، وأولئك يدعون أن تكون المناجم ملكا للدولة ، لتكون منفعتها للكافة ، وهؤلاء يمنعون الوراثة ، وآخرون يجيزونها بقدر محدود « وكل حزب بما لديهم فرحون »[1].

وأن العاصم من هذا الخلاف والتنافر فى الآراء والمذاهب فى شأن المصالح والمفاسد هو اتباع النصوص حتى مع التسليم بأنها تؤدى إلى الخلاف أحياناً . ذلك أن المجتهد ملزم بعدم الخروج على النصوص القاطعة ، ومتقيد فى اجتهاده فى غير النصوص القاطعة ، بعدم ترك جميع احتمالات النص ، وهى احتمالات محصورة فى الواقع ، وممتد أخيراً فيما لا نص فيه من الوقائع بالمصالح التى تشهد هذه النصوص لنوعها أو لجنسها بالاعتبار . فأين هذا من ترك العقل يشرع وفقاً للمصلحة دون قيود أو حدود أو ضوابط . ثم ما هو

---

(١) ابن حنبل ٣٠٩ .

الضابط الذى يستعين به المجتهدون فى وزن الآراء المتخالفة فى شأن المصالح والمفاسد ، ما دامت وجهات النظر فى هذا الشأن متباينة ، والحرية فى التشريع غير مقيدة ؟ وكيف يقال أن هذا الحكم موافق أو مخالف للشريعة إذا اختلف الناظرون فيه ؟ وفى كونه محققاً أو مفوتاً للمصالح ؟ لقد رأينا الشافعى فى باب الاستحسان ، والشاطبى فى الموافقات يبينان فساد القول باستقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد فضلا عن اتفاق العقول فى شأن هذه المصالح والمفاسد[١].

الدليل الثالث : دعوى أنه قد ورد فى السنة مخالفة النصوص بالمصالح :

استدل الطوفى على زيفه الباطل بأنه قد ثبت فى السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها فى قضايا ، منها معارضة ابن مسعود للنص والإجماع فى التيمم ، بمصلحة الاحتياط فى العبادة ، ومنها مخالفة الصحابة لقوله عليه السلام « لا يصلين أحد منكم العصر إلا فى بنى قريظة » إذ صلى بعضهم قبلها وقالوا لم يرد منا ذلك . ومنها قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب فى حكمها فتركه لمصلحة الناس ، ومنها أنه عليه السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : « كيف وقد سمينا الحج ؟ وتوقفوا ، وهو معارضة النص بالعادة ، ومنها ما روى أن النبى عليه السلام بعث أبا بكر ينادى : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة . فوجده عمر فرده ، وقال : إذن يتكلوا . . . . وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة ، ومنها أن رجلا دخل المسجد يصلى فأعجب الصحابة سمته فأمر النبى أبا بكر وعمر بقتله فامتنعا وقالا : « كيف نقتل رجلا يصلى » فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على

---

(١) راجع ما سبق .

العبادة . وظهر أن تركهما الأمر بقتله إنما كان استحساناً منهما مجرداً وهو من باب معارضة النصوص ونحوها بالمصالح مع أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهادهما ، لما علم من نيتهما وصدقهما فى ذلك .

ثم قال بعد أن سرد هذه الوقائع . فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقى أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم ، وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق وائتلافها عن الاختلاف ، فوجب أن يكون جائزاً إن لم يكن متعيناً ، فوجب أن يكون تقديم رعاية المصلحة على باقى أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين ، كما ذكرنا .

والشبهة التى تمسك بها الطوفى فى القول بأن هذه الوقائع فيها مخالفة للنصوص الشرعية بالمصالح ، شبهة باطلة ، ذلك أن هذه الوقائع تنطوى على عمل من صاحب الشرع نفسه . فالمستند فيها هو السنة قولا وعملا وتقريراً ، فصاحب الشرع هو الذى ترك البيت ولم يعد بناءه ، على قواعد إبراهيم ، فكيف يقال إن الرسول عارض النص بالمصلحة وأى نص خالفه الرسول بالمصلحة ، وهل يعد تشريع الرسول عملا بمصلحة فى مقابلة نص تقاعد عن تحصيل هذه المصلحة ، أو جاء مناقضا لها ، أم يعد تشريعه ، قولا ، وعملا ، وتقريراً هو النص الشرعى نفسه ؟ . وصاحب الشرع هو الذى أقر توقف الصحابة عن جعل الحج عمرة بعد تسمية الحج ، فصار بهذا التقرير سنة ، ولم يصبح معارضة لنص بمصلحة . وصاحب الشرع هو الذى أقر اجتهاد عمر فى رد أبى بكر ومنعه من النداء بأن من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وهو الذى أقر اجتهاده وأبى بكر فى عدم قتل المصلى ، فصار هذا الاجتهاد بهذا التقرير سنة . والصحابة الذين صلوا قبل وصولهم بنى قريظة اجتهدوا فى فهم المراد من النص ، ونفذوه وفقاً للحكمة والمصلحة التى فهموها منه لا أنهم تركوا

النص بالمصلحة ، وفوق ذلك فإن الرسول عليه السلام أقرهم على اجتهادهم فصار سنة ، والصحابة يجتهدون فى فهم النصوص الشرعية فى ضوء المصالح التى وردت هذه النصوص لتحصيلها ، كما يبدو من سياق هذه النصوص ، لا أنهم يتركون العمل بهذه النصوص لظنهم أنها تخالف مصالحهم كما يزعم الطوفى . وأما أن ابن مسعود ترك النص الذى يجيز التيمم فى الجنابة للمصلحة فهو قول فيه مغالطة ، ذلك أن سند ابن مسعود فى القول بعدم جواز التيمم من الجنابة هو النص نفسه ، فلقد فهم منه ابن مسعود أن المراد بالملامسة فى قوله تعالى « أو لامستم النساء » اللمس الذى يوجب الوضوء لا الجماع ، وبذلك قال ما قال على أنه قد روى عنه أنه ترك القول بعدم جواز التيمم من الجنابة .

ثم هل لى أن أسأل الطوفى فأقول : إنك قررت أن المصلحة حجة فى العادات دون العبادات ، وأن هذه الأخيرة لا يؤخذ فيها إلا بالإجماع والنص وبقية أدلة الشرع ، لأن العبادات حق الشارع ، ولا يعرف حق الشارع كماً وكيفاً إلا من جهته ، فلم جعلت فعل ابن مسعود ، وتركه لنص التيمم بالمصلحة حجة على مذهبك ، مع أن التيمم من العبادات وليس شيئاً يتعلق بسياسة المكلفين ، ومعاملات الناس التى تعرف بالتجارب والعادات كما زعمت ؟ أليس هذا نقضاً لمذهبك من أساسه ، ودليلا صريحاً على بطلان دعواك التفرقة بين العبادات والمعاملات ، والاعتماد فى الأولى على النصوص ، والثانية على رعاية المصالح . إن ترك ابن مسعود لنص التيمم بالمصلحة التى رآها باطل على مذهبك ، لأنه عمل بمصلحة فى باب العبادات وهو لا يجوز عندك .

تلك هى الشبه الثلاث التى تمسك بها الطوفى فى دعواه وجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع وذلك هو ردنا عليها ، وإنما أطلت فى ذلك حتى لا يغتر أحد بزيف الطوفى فيقول مقالته .

الباب الرابع

نظرية المصلحة فى الفقه الحنفى

رأينا من دراستنا السابقة أن من أهم تطبيقات أصل اعتبار المصالح فى الأحكام الذى اتخذنا منه نقطة بداية لنظرية المصلحة ، المصلحة المرسلة ، أو ملائم المرسل ، كما يسميه بعض كتاب الأصول ، والاعتماد فى استنباط العلة على المناسبة ، أو الإخالة كما يعبر عنه البعض ، والاستحسان ، ولذلك رأيت أن أدرس تطبيقات نظرية المصلحة فى الفقه الحنفى فى فصول ثلاثة ، أعرض فى الأول منها لإثبات أن ملائم المرسل أو المصلحة الملائمة مناسب توافر بالنسبة له شرط التأثير اللازم فى صحة العمل بالعلل عند الأحناف ، حتى يمكن القول بأن قواعد الحنفية تتسع للقول بالمصالح الملائمة . وأما الفصل الثانى فأدرس فيه الاستحسان الحنفى كأحد تطبيقات نظرية المصلحة . وأما الفصل الأخير فقد خصصته لبيان مذهب الأحناف فى الإخالة كطريق من طرق إثبات العلة .

الفصل الأول

المصلحة المرسلة

يشترط الحنفية في الوصف الذى يصلح أن يكون علة ، فوق مناسبته للحكم ، أن يكون موثراً فيه ، ويعرفون التأثير بما يدخل المصلحة المرسلة في المناسب الموثر ، وبذلك تكون المصلحة المرسلة حجة عندهم وإن لم يصرحوا بها . ونحن نعرف التأثير عندهم ، ثم نبين توافر شرط التأثير في المصلحة المرسلة ، وأخيراً نبين نوع الاستدلال بملائم المرسل الذى هو المصلحة المرسلة ، وذلك في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

تعريف التأثير

إذا استنبط الفقيه أن وصفاً معيناً مناط لحكم شرعى ، اعتماداً على وجود المناسبة بين هذا الوصف وذلك الحكم ، بمعنى أن شرع الحكم وترتيبه على هذا الوصف يحقق مصلحة قصدها الشارع في الجملة ، فإن الحنفية ، خلافاً للجمهور ، لا يكتفون بهذا القدر في إثبات علية هذا الوصف لذلك الحكم ، وتعدية الأخير لكل ما وجد فيه هذا الوصف ، وإنما يشترطون فوق هذه المناسبة العامة بين الوصف والحكم ، أن يكون الوصف الذى استنبطه الفقيه وصفاً موثراً . ويقصد الأصوليون بالتأثير قيام النص أو الإجماع على أن وصفاً بعينه مناط لحكم بعينه ، أو أن وصفاً من جنس هذا الوصف مناط لحكم من جنس هذا الحكم .

فمثال الأول جعل الطواف مناطاً للطهارة ، وذلك لوجود المناسبة بين كثرة الطواف وبين الطهارة . إذ الحكم بطهارة سؤر الحيوان . الذى يكثر

طوافه ويعسر الاحتراز عنه فيه رفع للحرج والمشقة . ورفع الحرج والمشقة مقصود للشارع . وفوق هذه المناسبة بين الوصف والحكم . فإن الشارع قد نص على أن الطواف بعينه علة للطهارة بعينها . وذلك قوله عليه الصلاة والسلام . وقد سئل عن سؤر الهرة : « إنها من الطوافين عليكم والطوافات » وهنا يقول الحنفى أنه قد ثبت بالنص اعتبار عين الوصف . وهو الطواف ، مناطاً لعين الحكم . الذى هو الطهارة . وبذلك يثبت التأثير الذى هو الشرط فى العلل الشرعية عندهم .

وأما ما اعتبر الشارع فيه وصفاً من جنس الوصف فى حكم من جنس الحكم فيمكن التمثيل له بأمثلة ثلاثة :

المثال الأول : جعل الخوف من سقوط الجدار المائل على المارة ، أو على مال أكثر منه قيمة ، مناطاً لجواز هدم هذا الجدار . فان المناسبة بين الحكم والوصف ظاهرة ، حيث إن فى الهدم إزالة ضرر ، وإزالة الضرر مقصود شرعاً . وليس هناك نص ولا إجماع على أن هذا الوصف بعينه مناط ، لهذا الحكم بعينه ، كما فى حالة الطواف مع الطهارة . ولكن الشارع اعتبر وصفاً مغايراً لهذا الوصف ، ولكنه من جنسه ، مناطاً لحكم مغاير لهذا الحكم ، ولكنه من جنسه ، وذلك يظهر فى منع الشارع من تلقى الركبان ، رفقاً بأهل السوق ، ورفعاً للضرر عنهم . فالوصف هنا هو الرفق بأهل الحضر ، ورفع الضرر الذى ينالهم من استئثار فرد أو طائفة بما تشتد حاجتهم إليه من السلع ، وهو نوع من الضرر مغاير لضرر سقوط الجدار المائل على المارة ، ولكن يجمعهما جنس الضرر . والمنع من التلقى حكم مغاير لهدم الجدار ولكنه من جنسه ، إذ هدم الجدار ، والمنع من التلقى يشتركان فى أن كلا منهما حكم يرفع الضرر .

ويظهر ذلك أيضاً فى بيع مال المدين رغماً عنه إذا امتنع عن وفاء ما عليه

من ديون ، دفعاً للضرر عن الغرماء . وهنا أيضاً نجد أن مناط الحكم هو الضرر الذى ينال الغرماء ، وهو نوع من الضرر مغاير لضرر سقوط الجدار على المارة ، ولكن يجمع النوعين جنس الضرر ، والحكم هنا هو بيع مال المدين رغماً عنه ، وهو حكم مغاير لهدم الجدار ، ولكن الحكمان من جنس واحد ، لأن كلا منهما حكم يرفع الضرر .

وعلى هذا يقال إن الضرر الذى يصيب المارة من احتمال وقوع الجدار المائل وصف مؤثر فى جواز هدم هذا الجدار لأن الشارع ، وإن لم يعتبر عينه فى عين هذا الحكم ، فقد اعتبر وصفاً من جنسه فى حكم من جنس الحكم الذى رتب عليه ، وذلك فى المنع من التلقى منعاً للإضرار بأهل السوق ، وفى بيع مال المدين الممتنع عن الوفاء ، منعاً للضرر عن الغرماء .

المثال الثانى : إذا رأى المجتهد أنه يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة لحاجة العلاج ورفعاً لمشقة المرض . فان الحكم هنا هو جواز النظر إلى العورة ، والمناط رفع مشقة المرض . ولم يرد نص ولا إجماع على أن مشقة المرض بعينها مناط لجواز النظر إلى العورة ، ولكن الشارع اعتبر أنواعاً كثيرة من الأوصاف مغايرة لهذا الوصف ، ولكنها من جنسه ، مناطاً لأحكام كثيرة مغايرة لهذا الحكم ،ولكنها من جنسه. فهناك أنواع كثيرة من المشاق ، تجتمع مع مشقة المرض فى جنس المشقة ، كانت سبباً لأحكام كثيرة تجتمع مع جواز النظر فى أنها أحكام فيها تخفيف ورفع لهذه المشقة . من ذلك أن مشقة السفر أوجبت قصر الصلاة وجمعها ، والفطر والتيمم ، ومشقة المرض أوجبت الفطر ، والتيمم والقعود فى الصلاة ، ومشقة التكرار ، أسقطت الصلاة عن الحائض ، وهكذا نجد أنواعاً كثيرة من المشقات تشترك مع مشقة المرض ، فى جنس المشقة ، توجب أنواعاً كثيرة من الأحكام تشترك مع جواز النظر إلى العورة ، فى أنها تدفع المشقة وترفع الحرج .

وبذلك يقال إن مشقة المرض وصف مؤثر فى جواز نظر الطبيب إلى العورة ، وذلك لأن الشارع أعتبر نوعاً مغايراً من الوصف ولكنه من جنسه ، مناطاً لحكم مغاير للحكم الذى أوجبه ، ولكنه من جنسه .

المثال الثالث : ومن الأمثلة على النوع الثانى من التأثير وهو النص أو الإجماع على أن نوعا من جنس الوصف المدعى عليته ، مناط لحكم من جنس الحكم الذى ترتب على هذا الوصف ، كفتوى الفقيه بأن زوجة الفار ترثه ، لأنه قصد بطلاقه الفرار من توريثها . فإن مظنة قصد الفرار بالطلاق هى مناط الحكم بالتوريث ، وليس هناك نص ولا إجماع على أن هذا المعنى بعينه هو مناط هذا الحكم بعينه ، ولكن الشارع أعتبر نوعاً من جنس هذا الوصف مناطاً أو موجباً لحكم من جنس هذا الحكم ، وذلك بالنص على منع القاتل من الميراث ، لأن القتل مظنة لأن يكون قد قصد به استعجال الإرث فقتل المورث ، والتطليق فى مرض الموت . نوعان متغايران من الوصف ، ولكنهما يشتركان فى أنهما مظنة لقصد الفعل المحرم ، وتوريث المطلقة فى مرض الموت ، وعدم توريث القاتل . نوعان متغايران من الحكم . ولكنهما يدخلان تحت جنس هو أن فى كل من الحكمين معاملة بنقيض المقصود المحرم .

المبحث الثانى

المرسل الملائم مناسب مؤثر

وإذا كان هذا هو معنى التأثير عند الحنفية ، كما صرح به كتاب الأصول الأحناف[1] . فإن ملائم المرسل الذى هو المصلحة المرسلة يعد حجة عندهم

(١) انظر مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٦٧ فقد عرف المؤثر فقال «وأما الحنفية فالمؤثر عندهم الوصف المناسب الملائم عند العقول الذى ظهر تأثيره شرعاً ، بأن يكون لجنسه تأثير فى عين الحكم كاسقاط الصلاة الكثيرة بالإغماء ، فان لجنسه الذى هو العجز عن الأداء من غير حرج تأثيراً فى سقوطها كما فى الحائض ، أو فى جنسه كاسقاطها عن الحائض بالمشقة وقد أسقطت مشقة =

ذلك أنهم عرفوا ملائم المرسل ، بأنه الوصف الذى لم يثبت الحكم معه فى أصل ما . ولم يثبت بنص ولا إجماع . اعتبار عينه فى عين الحكم ، ولكن قام النص والإجماع على اعتبار وصف من جنسه فى حكم من جنس الحكم الذى يوجهه . وكان اعتبار الشارع للوصف الذى من جنسه فى الحكم الذى من جنس حكمه اعتباراً لجنس الوصف فى جنس الحكم(١) .

وهذا التعريف لملائم المرسل يجعل شرط التأثير متوفراً فيه . ذلك أن الحنفية لا يتطلبون فى التأثير أن يدل النص أو الإجماع على أن عين الوصف مناط لعين الحكم فقط . بل يدخلون فيه ، دلالة النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط ومؤثر فى جنس الحكم . وذلك بالنص أو الإجماع على أن وصفاً من جنس الوصف . مناط لحكم من جنس الحكم . وبعبارة أخرى فان التأثير عندهم يشمل صورتين : إحداهما : دلالة النص أو الإجماع على أن وصفاً بعينه مناط لحكم بعينه ، وذلك كما سبق فى جعل الطواف

= السفر الركعتين ، فقد أثر جنس المشقة فى جنس السقوط ، أو بأن يكون لعينه تأثير فى جنس الحكم كالإخوة لأب وأم فى قياس التقدم فى ولاية النكاح ، وقد تقدم هذا الأخ فى الميراث ، فقد أثر فى مطلق التقدم ، أو يكون لعينه تأثير فى عينه أى الحكم ، وذلك كثير فى الأقيسة الجزئية .

(١) راجع تعريف ملائم المرسل فى مسلم الثبوت وشرحه ج ٢ ص ٢٦٦ يقول :
وإن لم يعتبر (أى الوصف) أصلا لا مع الحكم ولو فى صورة ما ولا مؤثراً فيه ، فهو المرسل ، وينقسم إلى ما علم إلغاوه ... وإلى مالم يعلم ، فان لم يعلم فيه أحد إعتبارات الملائم من اعتبار نوعه أو جنسه فى جنس الحكم ، أو جنسه فى عين الحكم ، فهو الغريب المرسل ، وهو المسمى بالمصالح المرسلة حجة عند مالك ... وإن علم فيه ذلك أى أحد اعتبارات الملائم فهو المرسل الملائم قبله الإمام ، ونقل عن الشافعى ، وعليه جمهور الحنفية » وقال صاحب التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٥٩ « فان لم يثبت الوصف مع الحكم أصلا فالمرسل ؛ وينقسم المرسل إلى ما علم إلغاؤه . ومالم يعلم إلغاؤه . ولم يعلم إعتبار جنسه فى جنسه ... وهو الغريب المرسل ؛ وهما مردودان اتفاق ... وما علم اعتبار أحدهما ، أى جنسه فى جنسه ... وهو المرسل الملائم ؛ وعن الشافعى ومالك قبوله ... وهو المسمى بالمصالح المرسلة ، وسنذكر أنه يجب من الحنفية قبول القسم الأخير أى الملائم من المرسل .

بعينه مناطاً للطهارة بعينها . وثانيتهما : دلالة النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط أو علة أو مؤثر فى جنس الحكم . وذلك ليس بالنص على أن جنساً من الوصف مناط لجنس الحكم كأن يرد نص الشارع بأن المشقة موجبة لمطلق التخفيف . أو أن المصلحة العامة مقدمة على الخاصة . وإلا اتحد مع القسم الأول ، وكان مما دل النص فيه على أن عين الوصف مناط لعين الحكم : وإنما مراد الأحناف بورود النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط لجنس الحكم ، أن ينص الشارع أو يقوم الإجماع على أن وصفاً مغايراً للوصف ولكنه من جنسه ، مناط لحكم مغاير للحكم ولكنه من جنسه . وذلك لأنهم يعتبرون أن النص على أن نوعاً من الوصف مناط لنوع من الحكم ، دليل من الشارع على اعتبار أن جنس الوصف ، مناط لجنس الحكم .

وعلى هذا يكون ملائم المرسل علة توافر بالنسبة لها شرط التأثير الذى يستلزمه الحنفية فى صحة العلل . فإذا أضفنا إلى ذلك أن ملائم المرسل هو المصلحة المرسلة ، كانت النتيجة أن الأحناف قائلون بالمصالح المرسلة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، كما يقول غيرهم . وهذا الذى توصلنا إليه من أن ملائم المرسل هو المصلحة المرسلة ؛ وأنه علة توافر بالنسبة لها شرط التأثير ، ومن ثم فإنه يجب على الحنفية قبوله — صرح به كتاب الأصول من الأحناف .

فالكمال بن الهمام يصرح بأن ملائم المرسل هو المصالح المرسلة ، وأنه يجب من الحنفية قبوله فيقول(١) : «ومما علم اعتبار أحدها أى الجنس فى الجنس . وهو الملائم المرسل . . وهو المسمى بالمصالح المرسلة وسنرى أنه يجب من

---

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٥٠ .

الحنفية قبول القسم الأخير أى الملائم من المرسل . . فاتفاقهم فى نفى الأولين ، مما علم إلغاؤه ، هو الغريب المرسل » .

ويقول(١) : « فالتعليل بالمرسل تعليل بمصالح خاصة ابتداء اعتبرت فى جنس الحكم الذى يراد إثباته . . فإن قلت المثال حنفى ، وهو يمنع المرسل . قلنا سبق أنه يجب القول بعملهم ببعض ما يسمى مرسلا عند الشافعية ، ويدخل فى المؤثر عندهم ، كما سيظهر » .

ويقول(٢) : « وظهر أن المؤثر عندهم ، أى الحنفية ، أعم منه عند الشافعية ، وهو ماثبت بنص أو إجماع إعتبار عينه فى عين الحكم ، ومن الملائم الأول أى الذى هو من أقسام المناسب بأقسامه الثلاثة . . . وما من المرسل ، أى وثلاثة أقسام الملائم المرسل ، وهو مالم يثبت العين مع العين فى المحل ، لكن ثبت بنص أو إجماع اعتبار عينه فى جنس الحكم أو جنسه فى عينه أو جنسه فشمل المؤثر عند الحنفية ، سبعة أقسام فى عرف الشافعية إذ لم يقيدوا أى الحنفية ، الثلاثة التى هى تأثير الجنس فى عين الحكم أو فى جنسه ، وتأثير العين فى جنس الحكم ، بوجود العين مع العين فى المحل ، أى الأصل ، وكذا تصريحهم ، أى الحنفية ، فيما تقدم أن التعليل بما اعتبر جنسه . . . مقبول وقد لايكون قياساً ، بأن لم يتركب مع أحد الأمرين ، أى العين أو الجنس فى العين » .

أما صاحب مسلم الثبوت فإنه يصرح بأن جمهور الحنفية يحتجون بملائم المرسل ، ولكنه لايطلق عليه عبارة المصلحة المرسلة ، قاصراً لها على المرسل الغريب ، أى المصلحة الغريبة ، ناسباً القول بها إلى المالكية ،

---

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٥٦ .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٥٩ .

وقد بينا خطأ هذه النسبة ، فهو يقول(١) : «وإن علم فيه ذلك فهو المرسل الملائم قبله الإمام ونقل عن الشافعى ، وعليه جمهور الحنفية» .

ويقول(٢) : «فالمؤثر ، وثلاثة من الملائم ، وثلاثة من ملائم المرسل فى عرف الشافعية ، كلها مقبول ومؤثر عند الحنفية ، دون الغريب من المرسل لعدم ظهور تأثيره شرعاً» .

فهولاء الكتاب يوكدون أن ملائم المرسل ، يعد من أقسام المناسب المؤثر فى إصطلاح الحنفية ، وإذا توافر فيه شرط اعتبار العلة عندهم ، فهو إذن حجة فى التفريع وبناء الأحكام ، والبعض يطلق عليه اسم المصلحة المرسلة ، حاكياً اتفاق الفقهاء على رفض الغريب من المرسل ، وأنه ليس هو المصلحة المرسلة التى وقع الخلاف فيها بين العلماء ، فى حين أن البعض الآخر ، يطلق المصلحة المرسلة على الغريب من المرسل ، وينسب القول به إلى مالك ، ويبقى على الملائم المرسل كما هو لا يسميه مصلحة مرسلة ، ولكن الكل متفق على أن جمهور الحنفية يأخذون بملائم المرسل ، أو على الأقل يجب منهم قبوله ، لأن قواعدهم فى شرط التأثير تقتضى ذلك ، وهذا القدر كاف ولا يهمنا كثيراً أن يسمى الأحناف هذا الملائم مصلحة مرسلة أو يكتفون بأنه ملائم مرسل . مادام الاتفاق على تحديد معناه حاصلا ، وهو أنه وصف لم يعتبر الشارع عينه فى عين الحكم ، وإنما اعتبر جنسه فى جنس الحكم وهذا هو تعريف المصلحة المرسلة ، فلقد رأينا أكثر من مرة أنها المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وذلك بأن تكون داخلة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، وعرفنا أن المراد بالدليل المعين ، الدليل الذى يشهد لاعتبار عين المصلحة ، وليس المراد به ما يمكن

---

(١) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٧٠ .

إظهاره وتعيينه ، فإن كل مصلحة مرسلة ، يمكن فيها تعيين الأدلة الشاهدة لجنسها بالاعتبار ، ولكنه ليس هناك دليل من هذه الأدلة يشهد لعين المصلحة المرسلة ، وإنما يشهد لجنسها . فالحكم على شارب الخمر بثمانين جلدة ، حد القاذف ، لأن الشرب مظنة القذف يصدق عليه أنه من باب الملائم المرسل ، وذلك لأن الشارع لم يعتبر عين مظنة القذف فى عين الحكم بجلد الشارب ثمانين ، وإنما اعتبر نوعاً من جنس الوصف ، فى نوع من جنس الحكم ، فقد حرم الخلوة بالأجنبية ، لأن الخلوة مظنة الزنا ومظنة الزنا نوع من الوصف مغاير لمظنة القذف ، وقد اعتبر من نوع الحكم ، وهو حرمة الخلوة ، مغاير للجلد ثمانين ، ولكن يجمع الوصفين جنس واحد ، هو مطلق مظنة ، كما يجمع الحكمين جنس واحد ، وهو مطلق حكم يعطى مظنة الشيء حكم الشيء نفسه .

وتضمين الصناع محافظة على أموال أصحاب السلع من الضياع ، يمكن أن يقال فيه إنه من باب ملائم المرسل . وذلك لأن الشارع لم يعتبر عين المحافظة على أموال أرباب السلع ، فى عين وجوب الضمان . ولكن اعتبر وصفاً من جنس هذا الوصف . مناطاً لحكم من جنس هذا الحكم . وذلك بالمنع من تلقى الركبان . محافظة على مصلحة عامة أهل السوق . فمصلحة عامة أهل السوق ، ومصلحة عامة أرباب السلع يدخلان تحت جنس واحد هو أنهما مصلحة عامة . والحكم بضمان الصناع . وبمنع التلقى . يدخلان تحت جنس واحد هو المحافظة على مصلحة عامة فى مقابلة مصلحة خاصة .

والخلاصة أن الأحناف يحتجون بالمصالح المرسلة الملائمة لجنس تصرفات الشرع . والتى شهدت نصوصه لجنسها فى الجملة . وذلك لأنهم يحتجون بالمناسب إذا توافر فيه شرط التأثير . وقد رأينا أن التأثير قد توافر فى المرسل الملائم الذى هو المصلحة الملائمة . بل إن بعضهم يقصر المصلحة المرسلة على هذا النوع ، حاكياً الإجماع على رد الغريب من المرسل ؛ وهو المصلحة الغريبة .

المبحث الثالث

نوع الاستدلال بملائم المرسل

بعد أن رأينا كتاب الأصول من الأحناف يصرحون بأن ملائم المرسل مناسب توافر بالنسبة له شرط التأثير ، وأنه يجب من الحنفيـــة قبوله والاحتجاج به بناء على هذا الأساس نجدهم يختلفون فى نوع الاستدلال به، أهو قياس حذف منه الأصل ، أم علة شرعية ثابتة بالرأى بمنزلة النص ، أو قياس كبقية الأقيسة ، يذكر الفقيه فيه الأصل الذى يشترك الفرع معه فى جنس العلة ، وينتقل منه إليه حكماً من جنس حكمه. واسمع معى إلى عبارة بعض الأصوليين من الأحناف يصور هذا الخلاف :

يقول صاحب مسلم الثبوت [١] : « والجمهور على أن التعليل بالكل ، من واحد من أقسام الانفراد والتركيب ، مقبول فإن كان عينه (الوصف) أو جنسه ، فى عين الحكم فقياس إتفاقاً ، لوجود الأصل الذى يوجد فيه عين العلة فيتعدى منه عين الحكم ، وإن كان تأثير عينه أو جنسه فى جنسه ، أى جنس الحكم ، فقيل « هذا أيضاً قياس ، واختاره الإمامان شمس الأئمة ، وفخر الإسلام ، إلا أنه قد يذكر الأصل، وقد يترك لوضوحه، كما فى مسألة إيداع الصبى ، يعنى إذا أودع رجل ماله عند صبى ، إذا استهلكه لا يضمن ، لأنه مسلط من جهة المالك على إهلاكه ، فلا يضمن كالمباح له بالاستهلاك ، فهذا الأصل قد يذكر ، وقد يترك . وقيل ليس هذا بقياس ، بل علة شرعية ثابتة بالرأى ، فيكون بمنزلة نص لا يحتاج إلى أصل ، ليقاس عليه ، والحق أنه يقاس ، لا لأن الأصل ما يوجد فيه عين العلة ، وهو متروك ، بل لأن

---

(١) مسلم الثبوت ٢ : ٢٦٩ .

الجنس إذا اقتضى الجنس من الحكم ، بأن أثر الجنس فى الجنس ، تنوع اقتضاؤه فى الأنواع ، بفصول منوعة ، أى اقتضى الجنس للعلة ، فى كل نوع منها نوعاً من الحكم الذى يناسبه ، فأنواع الحكم من لوازم تحققه ، أى تحقق ذلك الجنس فى الأنواع . فالأصل فى هذا القياس هو ما تحقق فيه جنس العلة موجباً لجنس الحكم فيتعدى هذا الجنس إلى فرعه الذى هو نظيره فى هذا الجنس ، لكن يتحقق فى نوع مناسب لهذا المحل ، يتنوع اقتضاء هذا الجنس فى هذا المحل ، كالضرورة اقتضت فى الاضطرار حل الميتة ، لأن اقتضاءها فيه يناسبه ، واقتضت فى الطواف طهارة سؤر الهرة ، كما يناسب الطواف ذلك ، واقتضت عند وجود ماء الشرب فقط جواز التيمم إلى غير ذلك . يعنى الضرورة جنس اقتضت التخفيف ، وله أنواع يوجد فى كل مادة نوع منه مع ما يناسبه من أنواع الضرورة ، فكل نوع من الحكم يصلح مقيساً عليه لآخر ، إن كان حكمه منصوصاً أو مجمعاً عليه . فالمظهر للتأثير والاعتبار هو الأصل الذى أثر الجنس فى جنس حكمه المنصوص أو المجمع عليه ،وهذا ، أى التساوى فى جنس الحكم ، نحو من المساواة المطلقة المعتبرة فى مطلق القياس المعرف بمساواة الفرع الأصل لأنه المراد أعم من النوعية أو الجنسية » .

فالذى يؤخذ من هذا النص أن كتاب الأصول الأحناف يختلفون فى تكييف الأخذ بملائم المرسل أو المصلحة المرسلة على الوجه الآتى :

١ — يرى فريق من هؤلاء الكتاب أن الاستدلال بملائم المرسل ليس قياساً ، بل علة شرعية ثابتة بالرأى ، فتكون بمنزلة نص لا يحتاج إلى أصل ليقاس عليه . وحجة هذا الفريق أن القياس يعتمد التسوية بين الفرع والأصل فى نوع العلة ، وينتقل به عين حكم الأصل إلى الفرع ، أو بعبارة أخرى يقصد هذا الفريق بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير

محل النص بعلة هي الموجبة فى محل النص . وعلى هذا فإن القياس عند هذا الفريق لا يشمل ما إذا كان اشتراك الأصل والفرع فى جنس العلة ، وكان الحكم المراد نقله للفرع من جنس حكم الأصل ، وهذا هو الشأن فى المصلحة الملائمة ، أو ملائم المرسل . وباختصار فإن هذا الفريق يرى أن القياس مساواة مخصوصة بين الفرع والأصل ، ويعنى بها مساواة الفرع للأصل فى عين العلة والحكم .

ويمكن التمثيل لطريقة الاستدلال بملائم المرسل على أنه علة شرعية ثابتة بالرأى على رأى هذا الفريق بأن يقال « أن الشارع قد اعتبر الضرورة فى التخفيف ، وهذه علة شرعية ثابتة بالرأى ، فتقوم مقام النص على أن الضرورة أو المشقة توجب التخفيف . ويخطو الفقيه فى هذا السبيل خطوتين ، الأولى : إقامة الدليل على تأثير الضرورة فى التخفيف وذلك بإيراد فروع يتحقق فيها أنواع من جنس الضرورة ، وأثبت الشارع فيها أحكاماً من جنس ما فيه تخفيف . والثانية : أن يثبت أن الإجماع قد قام على أن كل حكم فيه تخفيف ثبت فى أحد هذه الفروع كان مناطه أن هذا المحل فيه وصف من جنس المشقة والضرورة . فيقول على سبيل المثال : إن الشارع نص على أن المسافر يقصر ويجمع ويفطر ويجوز له التيمم ، وذلك أن السفر نوع من المشقة ، وكل هذه الرخص من جنس التخفيف ويقول : إن المريض يفطر ويصلى قاعداً ويجوز له التيمم ، وذلك لأن المرض نوع من المشقة والضرورة ، وهذه الأحكام الخاصة بالمريض فيها تخفيف . وبالمثل فإن المضطر يباح له أكل الميتة ، وإساغة اللقمة بالخمر . وأكل مال الغير وهكذا ، لأن الاضطرار للطعام هنا من جنس الضرورة والمشقة وجواز أكل الميتة ومال الغير حكم فيه تخفيف ويقول : إن الحيوان الذى يكثر طوافه وربما يشرب من الماء وغيره لا ينجس الماء وغيره لأن فى القول بالتنجيس مشقة فيكون الطواف نوعاً من الحرج والضرورة والحكم بالطهارة من جنس التخفيف . وهكذا حتى تثبت له قاعدة المشقة تجلب

التيسير، فتكون علة شرعية ثابتة بالرأى يحقق مناطها فى كل جزئى يندرج تحتها دون إجراء قياس أو غيره .

وهذا يتفق مع قول الشاطبى أن المعنى إذا استقرىء من نصوص الشريعة ، استطاع المجتهد أن يطبقه على الجزئيات ، كما يطبق العام المأخوذ من الصيغة دون حاجة إلى إجراء قياس أوغيره، بل إن الشاطبى يصرح بما صرح به هذا الفريق من أن هذا المعنى المستقرأ من عدة نصوص كقاعدة الضرر يزال ، وقاعدة رفع الحرج فى الدين، وقاعدة عدم مسئولية الشخص عن جريمة غيره ، يعد فى قوة الاحتجاج كالعام المستفاد من الصيغة تماماً ، وأنه ما دام العام المستفاد من الصيغة يطبق على الأفراد دون حاجة إلى صيغة خاصة بكل فرد فإن العام الاستقرائى كذلك . وهذا معنى قول هذا الفريق من الحنفية أن المناسب الذى أثر جنسه فى جنس الحكم يسمى علة شرعية ثابتة بالرأى والاجتهاد والاستنباط ، وأنها تقوم مقام النص ، والجنس الذى يقصده هذا الفريق هو المعنى الذى يقصده الشاطبى مع تقارب فى العبارة ، بل إن هذا المعنى هو الذى يقصده الغزالى الشافعى رضى الله عنه عندما يقرر أنه إذا تم للمجتهد التوصل إلى مقصود شرعى فإن هذا المقصود يعد حجة قاطعة لا يحتاج المجتهد فى تطبيقها على الجزئيات والأفراد إلى نص خاص . والغزالى عندما يقول إننا إذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشارع فهى حجة قطعية لا ينبغى الخلاف فيها يقصد من ذلك ما يقصده هذا الفريق من الحنفية ، أى العلة الشرعية الثابتة بالرأى أو المعنى العام المستقرأ من النصوص . ولذلك يقول الغزالى إن مقصود الشارع تقليل القتل ما أمكن إن لم يمكن سد بابه جملة ، فهو يعتبر هذا مصلحة كلية ، أى معنى مستقرأ من نصوص الشريعة ، فإذا كان هذا هو المقصود بالمصلحة المرسلة ، فإن الغزالى يقول أنها قطعية ، والظن فى تحقيق مناطها فى حالة معينة وفى ظروف خاصة . وبذلك نجد الحنفية والمالكية والشافعية يتفقون على اعتبار المصلحة

المرسلة بهذا المعنى أى ما اعتبر فيه الجنس فى الجنس دون نص خاص يقيد النوع فى النوع حتى يمكن القياس .

٢ — ويرى فريق آخر من الحنفية أن الاستدلال بما اعتبر جنسه فى جنس الحكم قياس ، وليس علة شرعية ثابتة بالرأى — ويبنى هذا الفريق رأيه على أساسين : أولهما أن القول بأن الحكم يثبت وفقاً لعلة شرعية ثابتة بالرأى ، معناه أن الشريعة تثبت بالرأى ، وهذا لا يجوز القول به ، إذ لا رأى فى إثبات الحجج الشرعية ، والقول بأن المناسب الذى اعتبر فيه الجنس فى حجة الفقه يؤخذ منه ويبنى عليه ، مع القول بأنه علة ثابتة بالرأى تناقض واضح ، إذ الحجج الشرعية تثبت بالنقل لا بالرأى . والأساس الثانى أنه لا يشترط فى القياس أن يتحد حكم الأصل وحكم الفرع ، بل إن المساواة المطلوبة فى القياس بين حكم الأصل وحكم الفرع مساواة مطلقة أعم من المساواة النوعية أو الجنسية ، وأنه لا مانع من القول بأن حكم الأصل هو الجنس ولكن هذا الجنس عندما ينقل إلى الفرع ويثبت فى الفرع منه نوع يتفق مع نوع الوصف الموجود فيه والذى هو بالضرورة مغاير للوصف الموجود فى الأصل .

غير أن هذا الفريق فى الواقع لم يفهم مقصود الفريق الأول من عبارة « علة شرعية ثابتة بالرأى » . فمن الواضح أن المقصود أن هذه القاعدة العامة أو المصلحة الكلية علة ثابتة بالاستنباط ، وكل استنباط لا يمكن أن يتم إلا بالرأى ، ولكن الرأى والعقل هنا يعمل من وراء النص ، والنقل قد دل على صحة هذه العلة وذلك بالنص على فروع أثر فيها نوع الوصف فى نوع الحكم أو قام الإجماع على ذلك . فقاعدة الضرر يزال علة شرعية ثابتة بالرأى ، لكن مجال الرأى هنا ليس فى إنشاء العلة إنشاء ، وإنما فى استنباطها من نص الشارع على اعتبار الضرر مناطاً لأحكام تتضمن إزالة الضرر فى فروع كثيرة .

٣ — وهناك فريق ثالث يقول إن الاستدلال بملائم المرسل قياسى كالفريق الأول ، إلا أنه يصرح بأن هذا القياس قد حذف منه الأصل لوضوحه ، ومعنى هذا أن الفقيه لا يلزم بذكر هذا الأصل وبيان وجه اشتراك الفرع معه فى عين العلة وعين الحكم . وهذا نوع من الاجتهاد غير جائز فى نظرنا إذ لابد للفقيه من ذكر الأصل الذى يقيس عليه فى القياس ، أو الذى يشهد لجنس المصلحة فى المصالح التى لا يمكن فيها إجراء القياس بمعناه الضيق . أما أن ترسل الفتوى إرسالا دون بيان لمدركها من الأصول فهو مما لا يجوز ولا يصح فى المناظرة .

الفصل الثانى

الاستحسان الحنفى

تمهيد وتقسيم:

لقد اشتهر عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يكثر من الفتوى بناء على قاعدة الاستحسان، وإذا كان قد روى عن مالك أنه قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم « فقد نقل محمد أن أصحاب أبى حنيفة كانوا ينازعونه المقاييس . فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد »(١).

ولقد كان اعتماد أبى حنيفة على الاستحسان مثار نقد شديد ، وطعن فى فقهه وورعه ، من أناس لم يقفوا على حقيقة الاستحسان الذى أكثر منه الإمام رضى الله عنه(٢) .

---

(١) راجع أبو حنيفة . لفضيلة الشيخ أبى زهرة ص ٣٤٢ .

(٢) يقول صاحب كشف الأسرار فى تعليقه على باب الاستحسان الذى كتبه فخر الإسلام البزدوى ما نصه . « اعلم ان بعض القادحين فى المسلمين طعن على أبى حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم فى تركهم القياس بالاستحسان ؛ وقال حجج الشرع الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان قسم خامس لم يعرف أحد من جملة الشرع سوى أبى حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ولم يقم عليه دليل . بل هو قول بالتشهى . فكان ترك القياس به تركا للحجة ، لاتباع الهوى أو شهوة نفس فكان باطلا . ثم إن القياس الذى تركوه بالاستحسان إن كان حجة شرعية فالحجة الشرعية حق وماذا بعد الحق إلا الضلال . وإن كان باطلا فالباطل واجب الترك . ومما لايشتغل بذكره . وأنهم قد ذكروا فى بعض المواضع إنا نأخذ بالقياس ، ونترك الاستحسان به ، فكيف يجوز الأخذ بالباطل ، والعمل به ... وكل ذلك طعن من غير روية ، وقدح من غير وقوف على المراد !! فأبو حنيفة أجل قدراً وأشد ورعاً من أن يقول فى الدين بالتشهى أو يعمل بما استحسنه من غير دليل قام عليه شرعاً ... فالشيخ رحمه الله عقد الباب لبيان المراد من هذا اللفظ والكشف عن حقيقته دفعاً لهذا الطعن » .

فأنت ترى من هذا أن غموض مراد الحنفية من الاستحسان جعل بعض الناس يطعن على =

ولذلك حاول أصحاب أبي حنيفة رضى الله عنه أن يحددوا المراد من الاستحسان الذى نسبوا إلى إمامهم كثرة القول به مما يثبت أنه غير خارج عن الأدلة الشرعية .

وسوف أعرض تعريفات الاستحسان عند الحنفية ثم أذكر أقسامه ، وأخيراً ، أبين وجه رجوعه إلى الأدلة الشرعية وذلك فى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

تعريف الاستحسان

لقد حاول شيوخ الحنفية أن يعرفوا الاستحسان الذى قال به إمامهم ، وكان حاصل هذه التعريفات أن الاستحسان عمل بدليل شرعى وليس تشريعاً بالهوى والتشهى، كما فهم الذين رموا أبا حنيفة بأنه ترك النصوص وأهمل الأدلة ، وإليك هذه التعريفات :

١ — عرف بعض الحنفية الاستحسان بأنه «القياس الذى يجب العمل به ، لأن العلة كانت علة بأثرها ، سموا ضعيف الأثر قياساً ، والقوى استحساناً ، أى قياساً مستحسناً ، وكأنه نوع من العمل بأقوى القياسين ، وهو يظهر من استقراء مسائلهم فى الاستحسان، بحسب النوازل الفقهية(١).

٢ — وفسره الكرخى بأنه «العدول عن الحكم فى المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى »(٢) .

= أبى حنيفة ، ويتهمه بأنه يقول بالرأى ، ويشرع بالتشهى ، وأنه لا يرعى ما للنصوص من قداسة . حيث إنه لم يقف عند حد النص ، يأخذ الحكم من لفظه أو يستنبطه من معقوله بطريق القياس ، بل إنه يلجأ إلى الاستحسان الذى لا ضابط له من الشرع ؛ إذ ليس أخذاً بنص ، ولا حملا على هذا النص .

(١) نقله الشاطبى فى الاعتصام ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٨ .

٣ — وعرفه البعض بأنه : « العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه » .

٤ — ويعرفه شمس الأئمة السرخسى بقوله : « والاستحسان فى الحقيقة قياسان ، أحدهما جلى ضعيف الأثر ، فيسمى قياساً ، والآخر خفى ، قوى الأثر ، فيسمى استحساناً ، أى قياساً مستحسناً ، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح » . ويقول[1] : « الاستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس ، وقيل الاستحسان طلب السهولة فى الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة ، وابتغاء مافيه الراحة . وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر » ، وهو أصل فى الدين ، قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » ، وقال صلى الله عليه وسلم « خير دينكم اليسر » وبيان هذا أن المرأة عورة من قرنها إلى قدمها وهو القياس الظاهر وإليه أشار رسول الله صلى عليه وسلم فقال « المرأة عورة مستورة » ثم أبيح به النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة ، فكان ذلك أرفق بالناس » .

٥ — وعرفه سعد الدين التفتازانى فى شرح التوضيح بقوله : « الاستحسان دليل من الأدلة المتفق عليها ، يقع فى مقابلة القياس الجلى ، ويعمل به ، إذا كان أقوى من القياس ، لأنه إما بالأثر ... وإما بالإجماع ، وإما بالضرورة وإما بالقياس الخفى »[2] .

والذى يؤخذ من هذه التعريفات أمور :

١ — أن الاستحسان فى كل أنواعه عدول عن قاعدة عامة ، عموم نص ، أو علة قياس ، أو أصل مستنبط ، لدليل شرعى يقتضى ذلك العدول .

---

(١) المبسوط ج ١٠ ص ١٤٥ .

(٢) انظر شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٨٢ .

٢ — هذا الدليل قد يكون قياساً خفياً ، أو نصاً ، أو إجماعاً ، أو ضرورة أو قاعدة رفع الحرج . وإذا كان بعض الفقهاء قصر الاستحسان على القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى ، فإنه يقصد بيان نوع منه .

٣ — ذكر بعض الكتاب الحديثين أن من أنواع الاستحسان ، الاستحسان بالمصلحة ، وبالعرف . وقال إنه استنبط هذا من المسائل التى رويت عن الحنفية ، وإن كان كتاب الأصول لم ينبهوا عليها .

والواقع أن الاستحسان بالضرورة ، يدخل فيه الاستحسان بالمصلحة إذ المصالح المعتبرة هى المصالح الضرورية ، أو المصالح الحاجية العامة ، لأن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة . فمراد الأحناف بالضرورة المصالح الضرورية ، ومن المعلوم أن الحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة فى حق شخص واحد ، على أن صاحب المبسوط قد نبه إلى المصالح الحاجية العامة بقوله إن الاستحسان هو ترك القياس ، والأخذ بما هو أرفق للناس » ، وبعد أن ذكر بعض العبارات القريبة من هذا قال : « وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل فى الدين ، قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » . ثم يقول بعد ذكر أن المرأة عورة « ثم أبيح به النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة ، فكان ذلك أرفق بالناس » .

أما الاستحسان بالعرف فى غير موضع النص ، فإنه يرجع فى الواقع إلى مصلحة حاجية عامة ، ذلك أن أساس مراعاة أعراف الناس وعاداتهم ، أن فى مراعاة ذلك رفق ويسر ورفع الحرج والمشقة ، وهى قاعدة الحاجيات أو رفع المشقة كما سبق غير مرة .

المبحث الثانى

أقسام الاستحسان

وعلى هذا ينقسم الاستحسان أقساماً :

١ — الاستحسان بالنص : ومثاله الحديث الوارد فى صحة صوم من أكل أو شرب ناسياً ، فإن القياس بمعنى القاعدة العامة يوجب الإفطار بكل ما وصل إلى الجوف ، ولكن أبا حنيفة يقول فيمن أكل ناسياً : « لولا قول الناس لقلت : يقتضى » ويعنى بذلك حديث « صم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك » ، وفى رواية عنه : لولا الرواية لقلت بالقياس »[1].

وهذا هو الشأن فى كل النصوص الواردة على خلاف الأصول ، أو القواعد العامة المأخوذة بالاستنباط من نصوص الشريعة . إذا جاء النص على خلافها فإن الحنفية يسمون الأخذ بالنص الجزئى استحساناً .

والواقع أن جميع الأئمة يأخذون بالنص الجزئى إذا كان على خلاف الأصول والقواعد ، والخلاف بين الحنفية وبين غيرهم أنهم لا يسمون ذلك استحساناً[2] ، بل يكتفون بالقول بأن النص الوارد على خلاف القواعد أو على خلاف القياس يؤخذ به . ولكنه لا يقاس عليه .

٢ — الاستحسان بالإجماع : استحسان الإجماع أن يترك القياس ، سواء كان قياساً أصولياً ، أو قاعدة عامة مستنبطة ، إذا انعقد الإجماع على حكم يخالف الحكم الذى ثبت بهذا القياس . ومثال ذلك أن الإجماع قد انعقد على جواز عقد الاستصناع ، مع أن الأصل والقاعدة أن عقد

---

(١) حجة الله البالغة جـ ١ ص ١٦١ نقله صاحب رسالة تعليل الأحكام .

(٢) راجع فى الاستثناء من القواعد والأصول المستنبطة ، الرسالة للشافعى ص ٥٤٩ ، فتاوى ابن تيمية . جـ ٣ ص ٢٧٨ ، ورسالة تعليل الأحكام ٣٣٨ .

الاستصناع غير جائز ، وذلك لانعدام محل العقد وقت التعاقد . ولكن إجماع الأمة ، وعرف المسلمين فى سائر الأعصار والأمصار ، قدم على ما يقتضيه اطراد القواعد .

ومثلوا لهذا النوع من الاستحسان أيضاً باستحسان الأمة دخول الحمام من غير تقدير أجرة ولا مدة اللبث ، والقياس يوجب بطلان ذلك ، لأن دخول الحمام عقد إجارة ، وقد دخلتها الجهالة من ناحيتين مقدار الماء المعقود عليه ، ومدة اللبث ، وهو مدة الإجارة .

والواقع أن هذا الإجماع لم ينعقد دفعة واحدة ، ولكن عمل به البعض بناء على قاعدة المصالح ، وسلم لهم بقية المجتهدين دون إنكار فصار ذلك إجماعاً . فسند الإجماع إذن هى رعاية مصالح الناس الضرورية ، أو الحاجية مادامت هذه الحاجة عامة ، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة . وعلى هذا يكون هذا النوع من الاستحسان سنده المصلحة الملائمة . والمصلحة هنا هى أن نفى الفرد جملة من العقود مصلحة مكملة لأصل البيع أو الإجارة ، والقول بمنع الفرد جملة يؤدى إلى سد باب التعاقد ، والقاعدة أن المصلحة المكملة إذا عادت على الأصل بالبطلان لم تعتبر وقد فصلنا شرح ذلك فيما تقدم(١) .

٣ — الاستحسان بالقياس الخفى : الاستحسان بالقياس الخفى يرجع إلى تعارض قياسين ، ويكون الترجيح بينهما بقوة التأثير والملاءمة لجنس تصرفات الشرع فى العلة التى يبنى على أساسها القياس ، فإذا كان أمام الفقيه مسألة يمكن إرجاعها إلى أصلين فإنه يختار قياسها على الأصل الذى تتفق معه فى العلة المؤثرة .

وقد مثلوا له بمسألة سؤر سباع الطير . فقالوا : إن القياس يوجب نجاسة

---

(١) راجع ما تقدم .

سؤر سباع الطير ، وذلك بقياسها على سباع البهائم ، والعلة الجامعة ، أن لحم كل منهما نجس لا يؤكل ، هذا هو الظاهر . ولكن الفقيه إذا أمعن النظر وجد أن كون اللحم نجساً لا يؤكل ليس وصفاً مؤثراً فى النجاسة وحده بل بضميمة شىء آخر إليه وهو نزول اللعاب المتصل باللحم النجس فى الماء هذا هو الوصف المؤثر وليس فقط كون لحم سباع البهائم نجساً ، مادامت نجاسة اللحم لا تتصل بالماء عن طريق اللعاب المتصل باللحم النجس . وهذه العلة غير موجودة فى سباع الطير ، لأنها وإن كانت نجسة ، إلا أن هذه النجاسة لا تتصل بالماء ، لأنها لا تشرب بفمها ، وإنما تشرب بمناقيرها التى لا لعاب فيها . فلم يمكن قياسها عليها ، فرجعنا إلى أصل الحل .

والواقع كما نرى أنه ليس هناك إلا قياس واحد . وأصل واحد . وعلة مسلمة فى الفرع ، ولكنها ليست المؤثرة فى الأصل ، والمؤثرة فى الأصل غير موجودة فى الفرع ، ولذلك ترك القياس . فقول الحنفية أن هناك قياسين تجوز . بل الحق أن هذا النوع هو قياس ظاهر ، رجع الفقيه لوجود الفارق بين الأصل والفرع ، وعلى كل حال فهذا إصطلاح من الحنفية ، ولا مشاحة فى الاصطلاح ، وكل الفقهاء يسلكون هذه الطريقة فى القياس ، والترجيح بين العلل ، واشتراط التأثير . ولكنهم لا يسمون هذا استحساناً بل قياساً .

وقد مثلوا لذلك أيضاً بما إذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن ، قبل أن يقبض المشترى السلعة . فإن القياس يقضى بان على البائع إقامة البينة على الزيادة التى ينكرها المشترى ، وإذا لم يقم البينة فإن المشترى يصدق مع يمينه ، ولكن ترك هذا القياس أو تلك القاعدة ، وحكم بالتخالف بين البائع والمشترى استحساناً ، ووجه الاستحسان أن البائع وإن كان يدعى زيادة الثمن ، فإن المشترى يدعى استحقاق التسليم بالثمن الذى دفعه . فكان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه ، فعند عدم البينة يحلف كل منهما .

وأنت ترى هنا أيضاً أنه ليس هناك قياسان بالمعنى الأصولى ، وإنما هو قياس بمعنى عموم القاعدة أو النص ، وهو البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، وكان هناك نظران فى تطبيق هذا النص أو القاعدة على حالة ما إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن والسلعة لم تقبض ، النظر الأول يقضى بأن البائع مدع والمشترى مدعى عليه ، وذلك لأن البائع يدعى أن الثمن أزيد مما يقر به المشترى ، والنظر الثانى يقضى بأن كلا منهما مدع مدعى عليه فى نفس الوقت ، وذلك لأن المشترى يدعى استحقاق السلعة بالثمن الذى أقر به ، وقد رجح الفقيه احد التفسيرين على الآخر ، فليس فيه كما سنرى قياسين أحدهما ظاهر ضعيف الأثر ، وثانيهما خفى قوى الأثر . والذى فيه هو انطباق قاعدة عامة أو أصل من أصول الإثبات مأخوذ من معنى الحديث على واقعة معينة ، وتحقيق مناط هذا الأصل فيها . ومن غير شك فإن نظر الفقيه يختلف فى تحقيق مناط القاعدة أو العلة أو الأصل على الجزئيات .

ولكن الأحناف يعبرون عن القاعدة العامة أو الأصل الكلى أو العام المستفاد من الصيغة أو من استقراء مواقع المعنى قياساً . ثم يعبرون عن الخروج على ظاهر هذه القاعدة ، لمعنى خفى فى الواقعة المخرجة يجعل مناط القاعدة غير متحقق فيها ، استحساناً أو قياساً خفياً ، قوى التأثير ، وملحظهم فى ذلك أن هذه الواقعة إذا خرجت من قاعدة عامة ، أو خالفت مقتضى القياس . فإنها تدخل فى نفس الوقت تحت أصل آخر . أو تندرج تحت قاعدة غير القاعدة الأولى . حيث إنه ليست هناك واقعة غفلا لا تدخل تحت قاعدة من قواعد الشرع ، لأن هذا هو الذى أخبر الله بعدم وقوعه فى الشرع .

وأعتقد أن أحسن تعبير عن هذا النوع من الاستحسان هو القول بأن الاستحسان طرح لقياس يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه

فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضع . وتفسير الكرخى بأنه العدول عن الحكم فى المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى .

فالذى فى هذا النوع من الاستحسان هو عدول عن الحكم فى الواقعة بمقتضى ماحكم به فى نظائرها ، لوجه يقتضى هذا العدول ، وهذا الوجه هو بيان أن الواقعة وإن شاركت نظائرها فى الظاهر ، وكان هذا الظاهر يقضى بأن يحكم فىالواقعة بحكم هذه النظائر ، إلا أن الواقعةمحل البحث تمتاز عن كل النظائر بمعنى يمنع إجراء حكم النظائر عليها ، أو يجعل مناط القاعدة أو الأصل أو القياس غير متحقق فيها .

وهذا نوع من الاجتهاد موجود فى فقه الأئمة جميعاً ، وليس فى فقه أبى حنيفة فقط . ولكن الشافعية لم يطلقوا عليه استحساناً ، بل عدوه تطبيقاً للقواعد ، وتحقيقاً لمناط العموم ، ليس إلا .

فهذا النوع من الاستحسان راجع إلى تحقيق مناط القواعد واطراد العلل ، وعلى كل حال . فإنه لا مشاحة فى الاصطلاح .ولا حجر فى التسمية مادامت الحقائق محل اتفاق .

٤ — الاستحسان بالضرورة : ومعنى هذا أن يكون القياس يقتضى حكما معيناً فى واقعة معروضة . ولكن يجد الفقيه أن هناك ضرورة تقضى بإعطاء هذه الواقعة حكما يخالف حكم القياس ، ومرة أخرى ، ليس المراد بالقياس هنا القياس الأصولى . وهو إلحاق الفرع بالأصل لاشتراكهما فى علة الحكم ، بل المقصود به الأصل والقاعدة العامة ، سواء كان هذا الأصل عموماً منصوصاً ، أو مستنبطاً .

وقد مثل له الحنفية بمسالة طهارة الآبار. فقالوا إنه إذا وقعت فى البئر

نجاسة ، فإن القياس واطراد القاعدة يقضى بأن هذه البئر لا يمكن تطهيرها . وذلك لأن كل ماء يلقى فى البئر للطهارة يتنجس بما فيها .

والقول بعدم طهارة البئر يوقع الناس فى مشقة شديدة ، ويمنعهم من حاجة ضرورية لهم ، هى استعمال هذه المياه ، فى شئون الحياة والعبادة ، فلذلك قرروا أن البئر تطهر بإلقاء قدر من الدلاء فيها . وقالوا إن الفتوى بهذا سندها الاستحسان وليس القياس .

والضرورة كما علمنا قاعدة قطعية فى الدين ، لم تؤخذ من نص واحد ، ولم تعتمد على أصل معين ، وإنما أخذت من مجموع نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، فالأخذ بها ، والرجوع إليها ، والتفريع على أساسها عمل بالنصوص، ورجوع إليها، فليس فيها ترك لنص من غير دليل.

والأحناف يقصدون بقاعدة الضرورة المصلحة الضرورية الخاصة ، والمصالح الحاجية إذا كانت عامة للخلق ، وكان فى عدم الأخذ بها حرج ومشقة شديدة خارجة عن الحد المعتاد فى التكاليف الشرعية . وهذا هو معنى المصلحة المرسلة ، فإن القائلين بالمصالح المرسلة يتفقون فى الجملة على اشتراط أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية،ولا تدخل فى باب التحسين والتزيين البتة .

وقد رأينا الغزالى وإن قصر المصالح التى يحتج بمجردها على المصالح الضرورية ، إلا أنه قد قرر أن الحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة فى حق الشخص الواحد ، وقد حملنا عبارته فى شفاء الغليل التى تفيد الأخذ بالمصالح الحاجية ، على هذا المعنى ، أى الحاجة العامة لكافة الخلق .

وإنما لم نفسر الضرورة فى عبارة الأصوليين بمعناها الضيق ، لأننا وجدنا الفقهاء والمخرجين فى الفقه الحنفى ، يجعلون الحاجيات فى درجة

الضرورات فى الاستثناء بها من القواعد . بل وجدنا فروعاً فقهية كثيرة ، كان أساس الفتوى فيها هو الاستحسان ولم تكن الحاجة فيها تشكل ضرورة خاصة ، بل كانت حاجة عامة .

ففى تعريف السرخسى للاستحسان رأيناه يقول إنه ترك القياس ، والأخذ بما هو أرفق للناس ، وقيل طلب السهولة فى الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة ، وابتغاء ما فيه الراحة ، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل فى الدين ، قال الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » .

فهذا هو السرخسى الفقيه الحنفى ، يجعل الاستحسان ترك اليسر للعسر ، ثم يقول إنه أصل قطعى فى الدين ، ويقول إن الاستحسان يقضى بجواز النظر إلى عورة المرأة للحاجة ، والضرورة . وهذا يؤيد ما قلناه من أن الحاجة منزلة منزلة الضرورة إذا كانت عامة فى الخلق ، وأن قاعدة رفع الحرج ، وهى قاعدة قطعية فى الدين ، قد تكون هى سند الاستحسان ، كما تكون قاعدة الضرورات سنداً له . ولقد سبق القول بأن قاعدة رفع الحرج الزائد والمشقة الشديدة ، قد تعمل فى التخفيف من اطراد قاعدة الضرورات وذلك فى الحالات التى يترتب على عدم مراعاة قاعدة منع الحرج ، فوات الضرورات نفسها . ورأينا أن قاعدة الحاجيات . وظيفتها أن تجعل قيام المكلف بالمصالح الضرورية غير شاق مشقة شديدة ، يتعذر عليه بسببها القيام بالضرورات نفسها ، أو تركها بعد فترة من الزمن .

وفوق ذلك فإن كتاب الحنفية يصرحون بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، يقول ابن نجيم فى الأشباه والنظائر(١) : « والحاجة تنزل منزلة

---

(١) الأشباه والنظائر ص ١٢٧ .

الضرورة عامة كانت أو خاصة ولهذا جوزت الإجارة على خلاف القياس، للحاجة، وكذلك قلنا لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت لاتحاد جنس المنفعة فلا حاجة بخلاف ما إذا اختلفا، ومنها ضمان الدرك، جوز على خلاف القياس. ومن ذلك جواز السلم على خلاف القياس، لكونه بيع المعدوم، دفعاً لحاجة المفاليس ومنها جواز الاستصناع للحاجة، ودخول الحمام مع جهالة مكثه فيها، وما يستعمله من الماء. وشربة السقاء، ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى، وقد سموه بيع الأمانة، والشافعية يسمونه الرهن المعاد».

والذى يؤخذ من هذا النص أمور:

أولها: يقول ابن نجيم أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، والواقع أن الحاجة لاتنزل منزل الضرورة إلا إذا كانت عامة لكافة الخلق، ومع كثرة الأمثلة التى ذكرها، ومنها المنصوصة ومنها المستنبطة، فإنه لم يذكر حاجة خاصة نزلت منزلة الضرورة، بل كل الوقائع التى قيل بها، حاجة عامة. والشارع نفسه لا يجعل الحاجة الخاصة بشخص واحد، فى منزلة الضرورة، بحيث يجوز لها المحظور، ويخص بها عموم النص، أو يترك بها القياس ويستثنى بها من القواعد.

ثانيهما: أنه مثل وهو يقرر قاعدة الاستحسان بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة، بأمثلة منصوصة، وقد سبق أن هذا داخل فى الاستحسان بالنص، وذلك كما فى السلم والإجارة وغيرها مما ورد به النص على خلاف القواعد المطردة.

ثالثها: إنه ذكر الاستصناع، ودخول الحمام، وشربة السقاء، ضمن أمثلة الاستحسان بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة وهذه قد أدخلها غيره فى الاستحسان بالإجماع، وبعضهم فى الاستحسان بالعرف، والواقع أن

أساس الفتوى فى هذه الوقائع هى الحاجة العامة المنزلة منزلة الضرورة ، وكانت هذه الفتوى بعد أن بدأ العرف يجرى بالتعامل بين الناس بها ، فالعرف الخاص قد وجد أولا ، ثم أفتى الفقهاء بصحة هذه التصرفات التى جرى بها العرف ، ثم أصبح هذا العرف عاماً ، واستمرت الفتوى بصحة ما جرى به العرف .

فمن نظر إلى أصل بدء التعامل بهذه التصرفات قال إن أساس الاستحسان هو العرف ، ومن نظر إلى فتوى الفقيه بصحة هذا العرف قبل أن يصير عرفاً عاماً وإجماعاً عملياً ، قال إن أساس هذا الاستحسان هو المصلحة ، ومن نظر إلى اتفاق المجتهدين أخيراً على جواز هذا النوع من التصرف قال إن أساس الاستحسان هو الإجماع ، ولا تناقض فى كلامهم جميعاً بل كل واحد نظر إلى هذه التصرفات من زاوية معينة ، وفى مرحلة من مراحل العمل بها .

وعلى كل حال فإن هذا يؤيد ماسبق أن قلناه من أن أساس صحة هذه التصرفات أنها محققة لمصالح حاجية للناس كافة ، فكانت منزلة منزلة الضرورات الخاصة ، وكان فى إبطال ما جرى عليه العرف مما ليس فيه نص ، حرج ومشقة تأباها قواعد الشريعة السمحة الرحيمة .

المبحث الثالث

وجه رجوع الاستحسان إلى الأدلة

إن الذى يؤخذ من تعريف الأحناف للاستحسان الذى قال به إمامهم ، والأقسام التى ذكروها له ، والوقائع التى صرحوا بأن سند الفتوى فيها هو الاستحسان ، كل ذلك يدل على أمرين :

أولهما: أن الاستحسان الحنفى ، كالاستحسان المالكى ليس قولا بالرأى.

أو تشريعاً بالهوى والتشهى، وأن المستحسن لم يرجع فى استحسانه إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، أو يشرع ما يوافق طبعه ، ويمنع ما ينافره . بل إن المستحسن ، إنما يترك قاعدة عامة أو قياساً ، لأن مناط القاعدة ، أو علة القياس ، لا يتحقق فى النازلة المعروضة ، وذلك بأدلة شرعية لا ينازع الخصم فى حجيتها ، ولا فى أنه يخرج بها من عموم القواعد ، واضطراد القياس .

وإذا عرفنا أن الشافعى إنما شدد النكير على الاستحسان بمعنى الفتوى بالتلذذ ، والتعسف فى الحكم ، من غير نص أو حمل على نص ، فإننا نقطع بأن الشافعى لا يعيب على أبى حنيفة استحسانه ، مادام ذلك الاستحسان عملا بالنص ، أو الإجماع ، أو القياس الأقوى ، أو المصلحة الضرورية أو البالغة مبلغ الضرورة . وقد رأينا أن الشافعى يحصر الأدلة فى النص والإجماع والقياس ، ثم يدخل المصالح الكلية فى باب القياس ، ويسميه أحد أتباعه قياس المعنى .

وثانيهما : أن سند الاستحسان فى الواقع هو رعاية المصالح التى شهدت لها نصوص الشريعة ، سواء كانت هذه الشهادة بنص معين ، أو بمعقول نص معين ، أو بمعقول جملة نصوص اجتمعت على معنى واحد .

فإذا توصل الفقيه إلى قاعدة معينة، ثم جاء النص الجزئى بإخراج جزئى يبدو لأول وهلة انطباق القاعدة عليه ، من هذه القاعدة ، فإن المجتهد يخرج هذه الواقعة الجزئية ، تحصيلا للمصلحة التى دل النص الجزئى عليها ، وإذا كان عموم القاعدة ، أو اطراد القياس يقضى بإعطاء واقعة حكماً معيناً . ثم وجد الفقيه بثاقب نظره ، أن هناك معنى فى الواقعة ، يخرجها من نطاق تطبيق القاعدة ، أو عموم القياس فأخرج هذه الواقعة ، فإنه بذلك يطبق القاعدة أو يعمل بالقياس ، فى نطاق المصلحة ، إذ المصلحة تقضى بأن القاعدة

لا تطبق على جزئي إذا كان ذلك الجزئي فيه معنى يقتضي العدول به عن القاعدة ، إذ في تطبيق القاعدة على هذه النازلة ، والحال كذلك، مفسدة، وهذا هو معنى كون القياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه . وعلى ذلك يكون الاستحسان بالقياس الخفي ، عمل بالمصلحة القاضية بأن انطباق قاعدة على بعض النوازل غير المتحقق فيها مناطها ؛ يجعل الحكم مجافياً لتصرفات الشرع . وفيه حرج ومشقة على الناس ، وقد جاءت الشريعة بأصل رفع الحرج والمشقة ، وبعبارة أخرى فإن الاستحسان بالقياس الخفي في مقابلة القياس الجلي ، أو القاعدة العامة . تطبيق صحيح لهذه القاعدة ، أو القياس ، وليس خروجاً عليه ، ما دامت الواقعة قد اشتملت على معنى يخرجها من هذا العموم أو بعضها من جريان علة القياس فيها .

وقد رأينا أن استحسان الإجماع أو العرف يرجع في الواقع إلى استحسان المصلحة إذ الفقهاء إنما يجمعون على صحة ما تعارف عليه الناس لأن في الحكم بصحته مصلحة تتفق مع تصرفات الشارع في الجملة .

وأما استحسان الضرورة ، فهو استحسان بالمصالح الضرورية، أو البالغة مبلغ الضرورة ، وذلك بسبب عمومها وشمولها لكافة الخلق دون فرد ، أو جماعة ، أو فئة أو طائفة . وبذلك يكون مرجع الاستحسان العمل بمصلحة جزئية في مقابلة أصل عام ، أو قياس مطرد ، هذه المصلحة قد تعرف بالنص الشرعي الذي يخرج واقعة من حكم نظائرها ، وقد يتوصل إليها الفقيه بعلة خفية قوية التأثير ملائمة لتصرفات الشرع ، وقد يكون قاعدة المصالح الضرورية والحاجية هي الهادية له في هذا الإخراج من الأصول .

الفصل الثالث

موقف الأحناف من الإخالة

ذكرنا أن بعض الأصوليين يجعلون القياس مستنبط العلة من قبيل الاستدلال المرسل . فإذا كان الحنفية لا يأخذون بالإخالة كطريق من طرق إثبات العلة ، ولا يقيسون ويفرقون معتمدين على مطلق المناسبة دون طلب النص الشاهد لها بالاعتبار ، كان معنى هذا أن الأحناف لا يأخذون بهذا النوع من المصالح .

ولقد رأينا أن كتاب الأصول يقررون أن الحنفية يشترطون النص أو الإجماع كدليل على مناط الحكم. وأنه إذا ورد حكم في واقعة ولا نص ولا إجماع على مناط هذا الحكم ، فإن الحنفي يقصر الحكم على محل الواقعة ، ولا يستجيز لنفسه أن يستنبط مناط الحكم ليعديه إلى ما اتفق معه في هذا المناط . والجمهور على أن للمجتهد ذلك .

ونحن إذا تصفحنا كتب الأصول التي تسند هذا القول إلى أئمة الحنفية وفقهائهم لم نجد فيها ما يصلح مستنداً لرفض القول بالإخالة مع أن الفقه الإسلامي في مجموعه يعتمد على علل أخذت بالاستنباط من النصوص ، وليست مجمعاً أو منصوصاً عليها ، وأن معظم الفروع فيه ترجع إلى قواعد فقهية هي التي نسميها مصالح كلية ، هذه القواعد أخذت بطريق الاستقراء من النصوص التي ثبت فيها حكم واستنبط المجتهد مناطه . والعلل المنصوصة أو المجمع عليها في الفقه ليست كافية لاستنباط هذه الثروة الفقهية التي لم يسبق الفقه الإسلامي فيها فقه آخر . وإذا تصفحت كتب الحنفية لوجدت ثروة من الفقه لا تعتمد على علل منصوصة بل على معان وحكم استنبطها الفقهاء

من الأحكام المنصوص عليها أو حتى المستنبطة من غيرها(١).

إن هؤلاء الأصوليين يستدلون على عدم إعتماد المناسبة وحدها دليلا على عليه الوصف، بأن المناط الذى يستنبطه المجتهد والمناسبة التى يراها لا تستلزم اعتبار الشارع لها علة ومناطاً ، فهناك أوصاف تبدو مناسبة للحكم ، ومع ذلك فإن الشارع قد يلغيها ، كما فى المناسب المعلوم الإلغاء ، فلا يكون ما استنبطه المجتهد مناطاً شرعياً ويزيدون على ذلك بأن المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى أن وصفاً معيناً هو مناط الحكم ، على أساس أن بين هذا الوصف المستنبط وبين الحكم مناسبة ، فإن للخصم أن يدعى أن هذا الوصف ليس بمناسب وأن عقله لم يقبله ، وبذلك لا يصلح استنباطه حجة على هذا الخصم .

ويمكن أن يرد على هذه الشبهة بأننا لا نتطلب فى كل دليل من الأدلة الشرعية أن يفيد القطع ، بل إن غالب الأدلة الجزئية التى يبنى عليها الفقه أدلة ظنية . والحنفية يسلمون معنا بأن المناسبة تفيد ظن اعتبار الشارع الوصف المناسب علة ، ولكنهم يقولون إن هذا الظن قد يتخلف إذا ألغى الشارع هذا الوصف . ونحن نوافقهم فى ذلك ونقول إنما نعتبر الوصف المناسب حجة إذا لم يلغه الشارع . ولا يلزم من إلغاء الشارع وصفاً مناسباً إلغاء هذا الوصف المناسب الذى استنبطه المجتهد . فإذا قالوا «لا نقبل الإخالة أو المناسبة ، لأنها وإن كانت مفيدة للظن ، لكنها ليست ملزمة لوضع الشارع علية ما قامت به للتخلف . كما فى المناسب المعلوم الإلغاء »(٢) . فإننا نقول لهم إذن لا تستدلون بظاهر ، ولا عام دخله التخصيص ، لأن دلالة الظاهر والعام المخصص ، عندكم ظنية ، وهى وإن أفادت الظن إلا أن

---

(١) راجع فى معرفة الأحكام التى بناها الحنفية على قواعد أو مصالح كلية أخذت من أصول نص الشارع فيها على الحكم دون المناط . الأشباه والنظائر لابن نجيم .

(٢) مسلم الثبوت حـ ٢ ص ٣٠١ .

هذا الظن ليس ملزوماً لاعتبار الشارع الظاهر فى معنى ، دالا عليه دائماً لأن الشارع قد صرف كثيراً من الظواهر عن المعنى الظاهر إلى غيره ، والعام الذى خرج منه البعض ينبغى ألا يصلح عندكم دليلا على مابقى من الأفراد ، لأن الشارع قد يخرج من هذا العام بعض الأفراد ، كما أخرج منه البعض الأول . مع أنكم قائلون بحجية كل ظاهر وإن احتمل غيره ، بل إنكم تجعلون دلالة العام على جميع الأفراد قطعية مع احتمال التخصيص كثيراً ، وقلتم إن احتمال التخصيص لا يمنع القطعية ولا يضعفها ، وإنما يمنعها التخصيص بالفعل . فلم لم تقولوا إنه إذا غلب على ظن المجتهد أن الحكم الذى نص عليه الشارع فى محل قد شرع لمصلحة معينة فإنه يعمل بهذا الظن ، ولا يقدح فى هذا الظن احتمال أن الشارع قد يلغى هذا الظن ، وإنما يقدح فيه الإلغاء بالفعل .

وقولهم « بأن تخريج المناط (المناسبة) لا ينفك عن المعارضة إذ يقول الخصم لم يقبل عقلى »[1]. غير سليم ، ذلك أن هذا ممكن إذا كان المجتهد يقول هذا الوصف علة لأنه مناسب دون أن يبين وجه المناسبة ، والواقع أن المجتهد « يبدى وجه المناسبة فيقبله العقل ، ولا يستطيع الخصم أن يقول لم يقبله عقلى »[2] وعلى كل حال فإن المطلوب هو الحجية مطلقاً وهذه نسبية كما فى كل ظواهر الكتاب والسنة فقد يرى البعض أن دليلا معيناً يفيد حكماً ما ويرى الآخر أنه يفيد حكماً مغايراً لهذا الحكم ، ولا يلزم بطلان اجتهاد أحدهما .

والحنفية أنفسهم يعملون بالظن المجرد حتى مع اشتراطهم أن تكون العلة مؤثرة بالنص أو الإجماع ويظهر ذلك فيما يأتى :

١ — قالوا إن النص على أن مناط الولاية المالية هو الصغر كالنص على

---

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠١ .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٠١ .

أن الصغر مناط لجنس الولاية . حتى قاسوا ولاية الزواج على الولاية المالية ، والشارع لم ينص على أن الصغر مناط ولاية الزواج ، وإنما نص على أنه مناط حكم آخر مغاير له ، فمن أين لهم أن اعتبار الشارع الوصف مناطاً لحكم يستلزم اعتباره مناطاً لحكم مغاير له ، والواقع أنه لا قطع فى هذا وإنما هو ظن مجرد ليس بأقوى من الظن الحاصل بالمناسبة . فهم قد اعتمدوا على الظن أيضاً فى حين أنهم يعيبون على الجمهور ذلك .

٢ — بل أكثر من ذلك هم قائلون باعتبار الجنس فى الجنس ، ومعنى هذا أن الشارع إذا نص على أن المسافر يقصر الصلاة ، وقام الإجماع على أن مناط هذا الحكم هو مشقة السفر ، ونص على أن الحائض لا تقضى الصلاة ، وقام الإجماع على أن مناط هذا الحكم هو مشقة التكرر ، ونص على جواز أكل الميتة للمضطر ، وقام الإجماع على أن مناط الحكم هو مشقة عدم التناول ، ونص على أن سؤر الهرة طاهر ، وأن مناط الطهارة هو الطواف ومشقة الاحتراز عنه ، فإن الحنفى يأخذ من ذلك قاعدة عامة ومصلحة كلية هى أن المشقة تقتضى التخفيف والتيسير ، إذ مطلق المشقة جنس ، وكل من مشقة السفر ، ومشقة التكرار، ومشقة عدم الاحتراز ، ومشقة الجوع أنواع لهذا الجنس ، والتخفيف جنس، وكل من جمع الصلاة للمسافر، وسقوطها عن الحائض ، وحل الميتة للمضطر، وطهارة سؤر الهرة ، أنواع لهذا الجنس. ويطبق هذه القاعدة أو يحقق مناط هذه المصلحة الكلية فى كل نازلة تحقق فيها هذا المناط ، بأن كان فيها نوع من أنواع المشقة يعطيها حكماً فيه تخفيف وتيسير . فإذا أردنا أن نعرف ما إذا كانت النعل تطهر بالدلك مثلا ، فإن المجتهد يجيب بالإيجاب تطبيقاً لهذه المصلحة الكلية قائلا إن خلع النعل فيه مشقة فالنازلة مما يتحقق فيها مناط القاعدة العامة ، وإذن فيجب أن يكون الحكم من جنس التخفيف . وهو جواز الطهارة بالدلك .

والحق أن هذا الاستدلال نوع من أنواع الإخالة التي يقول بها الجمهور، فالشارع إنما اعتبر الطواف مناطاً لطهارة سؤر الهرة . فمن أين للحنفي أن الشارع قد اعتبر مشقة نزع النعل مناطاً لطهارته بالدلك ، إن اعتبار الشارع وصفاً معيناً مناطاً لحكم معين ليس مستلزماً لاعتباره وصفاً مغايراً لحكمه ، فالنص على أن مناط طهارة سؤر الهرة هو الطواف لا يستلزم الحكم بأن كل مشقة فيها التخفيف حتى يقال بأن الشارع يعتبر أن مشقة النزع توجب طهارة النعل بالدلك .

فروع الحنفية تدل على أخذهم بالاخالة

وإذا كان الأصوليون الذين يقعدون أصول الحنفية يؤكدون أنهم يشترطون التأثير في العلل ، فإن دراسة الفقه الحنفي نفسه تفيد عكس ذلك ، فهم كثيراً ما يستنبطون العلل غير المنصوصة أو المجمع عليها . ويجعلونها أصولا لقواعد عامة ومصالح كلية تطبق على النوازل التي يراد معرفة حكمها . ومن ذلك :

١ — أن الشارع نص على أن « في كل أربعين شاة شاة » ولم ينص على مناط الحكم وعلته ولم يقم إجماع على تعيين هذا المناط ، فاستنبط الحنفية منه أن العلة التي أناط الشارع الحكم بها وعلقه عليها هي سد خلة المحتاج ، وبناء على هذه العلة المستنبطة بالرأي قالوا إن دفع قيمة الشاة يكفي في أداء الواجب . ويصور صاحب مسلم الثبوت هذا المعنى فيقول « والحق أن مرادهم (الحنفية) أن وجوب الشاة يتضمن جواز بدلها في الأداء ، لأن المنظور في الزكاة المالية ، لأنها لدفع حاجات الفقراء . فلاح أن هذا استنباط للمناط »(١) .

٢ — والشارع يقول في كفارة الظهار « فمن لم يستطع فاطعام ستين

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٢ .

مسكيناً ، ولم ينص على مناط هذا الحكم ، ولم يقم إجماع على ذلك ، فاستنبط الحنفية منه أن المناط سد الحاجة فقاسوا سد حاجة مسكين واحد فى ستين يوماً على سد حاجة الستين فى يوم واحد ، وفى ذلك يقول صاحب مسلم الثبوت « والحق أنه قياس الواحد فى الستين من الأيام على الستين من المساكين ، لظهور أن المناط دفع حاجة هذا المبلغ فى الحاجات »(١).

٣ — والشارع يقول « واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى .... » فأوجب سهماً فى الغنيمة لذوى القربى ، دون أن يبين مناط هذا الوجوب فقرر الحنفية أن المناط هو سد خلة المحتاج ، ولذلك منعوا غير الفقير من ذوى القربى سهمه . وهذا كما نرى استنباط للمناط بالإخالة إذ لا نص ولا إجماع على أن مناط وجوب السهم لذوى القربى هو سد خلة المحتاج حتى يخرج منهم من كان غنياً(٢).

٤ ـ وقد علل أبو حنيفة وجوب الضمان فى يد السوم بأنه أخذ على جهة الشراء ، والمأخوذ على جهة الشراء كالمأخوذ على حقيقته ، وقاس الرهن على ذلك ، وعلل الربا فى الأصناف الستة بالقدر أو الكيل وقاس على هذه الأصناف غيرها ، وكل من هاتين العلتين غير مؤثر ، إذ لم يظهر بالنص أو الإجماع إضافة الحكم إلى هذين الوصفين فى غير يد السوم ، والأصناف الستة ، وهو فيها متنازع فيه بين الفقها .

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٥ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٨ . وقد ذكر الغزالى هذه الأمثلة الثلاثة فى باب التأويل الذى يقول به الأحناف . راجع المستصفى ج ١ ص ٣٩٤ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، وقد أنكر صاحب مسلم الثبوت أنها من التأويل وسلم أنها من قبيل استنباط العلة غير المنصوص عليها ، وحاول أن ينفى أن فى استنباط هذه العلل ما يعود على الأصل بالبطلان . والذى يهمنا أنه يسلم أن هذا من باب استنباط العلة غير المنصوص عليها . وراجع مسلم الثبوت ج٢ ص٢٢ — ٣٥ ، وراجع أيضاً ج ٢ ص ٢٥٠ حيث يقول فى بيان أن إطعام الأعرابى الذى فى رمضان كفارته لأهله معقول العلة » لأنه كأحد من الفقراء فسد خلته كسد خلة الفقير الآخر وهو العلة .

٥ — وأخيراً ، فإننا نجد الحنفية يحكمون بميراث زوجة الفار معاملة له بنقيض مقصوده ، وليس هناك نص أو إجماع على تأثير الفعل المحرم لغرض فاسد فى المعاملة بنقيض المقصود ، وإنما وردعن الشارع حرمان القاتل من الإرث ، دون أن ينص على مناط هذا الحرمان ، والحنفية أخذوا هذا أصلا اقاعدة عامة ومصلحة كلية طبقوها على الفار . وقد ذكر ابن نجيم هذه القاعدة تحت عنوان « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه » قال : « ومن فرعها حرمان القاتل مورثه من الإرث ... ومن فروعها لو طلقها ثلاثاً بلا رضاها قاصداً حرمانها من الإرث فى مرض موته فإنها ترثه »(١) .

والخلاصة أن جل أقيسة الحنفية ، كبقية الفقهاء لا يمكن إرجاعها إلى علل مؤثرة نص عليها الشارع أو أجمع عليها المجتهدون ، بل معظمها علل أخذت بالاستنباط ، واعتمد فيها المجتهد على المناسبة . وبهذا لا يستقيم قول الأصوليين أن الأحناف لا يأخذون بالمناسبة وإنما يشترطون التأثير بالمعنى الذى ذكروه .

---

(١) الأشباه والنظائر ص ١٩٠ .

خاتمة

وبعد فهذه بعض النتائج التى انتهى إليها هذا البحث :

١ — الشريعة الإسلامية وافية بحاجات الناس ، ونصوصها قادرة على تحقيق مصالحهم فى كل واقعة تعن ، أو نازلة تحدث ، فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها .

٢ — الحكم الذى جاء به النص يحقق المصلحة ، ولا مصلحة فى غيره ، ومن ثم بطل القول بتقديم المصلحة على النص الشرعى .

٣ — ما لم يرد فيه بعينه نص حكم من الوقائع يعطى حكماً يحقق مصلحة من نوع المصالح التى نص الشارع على أحكام تحققها ، أو مصلحة من جنس هذه المصالح .

٤ — المصلحة المرسلة ليست هى الصورة الوحيدة من صور الاجتهاد فى النوازل التى ليس فيها نص حكم شرعى ، وإنما هى أحد تطبيقات نظرية عامة تشملها مع غيرها من صور الاجتهاد التى تستند إلى أصل اعتبار المصالح فى الأحكام . ومن أهم هذه الصور الاستحسان ، وسد الذرائع ، ومنع التحيل إلى إبطال المصالح الشرعية .

٥ — كل ضروب الاجتهاد المستندة إلى أصل اعتبار المصالح فى الأحكام تعتبر استدلالا بالنصوص الشرعية وليس فيها عمل بمصلحة مجردة ، ولا ترك لنص من نصوص الشريعة .

٦ — أبطلنا دعوى أن مالكا يقدم رعاية المصلحة على النص ، أو يترك بها خبر الآحاد . وأثبتنا أن جميع الفتاوى التى نسبت إليه واتخذت دليلا على هذه الدعوى ، غير مفيدة فى هذا المطلوب ، وبينا أسباب ذلك .

٧ — أثبتنا أن مذهب الطوفى يعنى تقديم المصلحة على الظواهر والعموميات التى تفيد الظن ، وليس تقديمها على النص الذى توافرت فيه القطعية من جهة المتن والسند ، كما يرى ذلك البعض .

٨ — بينا أن مذهب الطوفى على التفسير الذى ارتضيناه لا يلتقى مع مذهب الإمام مالك فى المصلحة ، حتى على القول بأن مالكا يخصص النص بالمصلحة أو يترك بها خبر الآحاد ، وذلك لأن المصلحة التى يقصدها الطوفى هى حكم العقل المجرد ، فى حين أن المصلحة التى يعنيها مالك هى المصلحة التى ترجع إلى أصل شرعى قطعى . فاختلف أساس المذهبين حتى مع القول بأن كلا من الطوفى والإمام مالك يخصص النص بالمصلحة . ولذلك كان مذهب الطوفى باطلا حتى على القول بأنه إنما يقدم المصلحة على النص الذى يفيد الظن .

٩ — أثبتنا أن جميع طرق الاجتهاد التى تتخذ من أصل اعتبار المصالح فى الأحكام نقطة بداية لها محل اتفاق بين المجتهدين على الأخذ بها فى الجملة ، على الرغم مما يظهر من عبارات بعض كتاب الأصول الذين حكوا خلافاً بين الأئمة فى بعض هذه الطرق .

١٠ — أثبتنا أن الشافعى يأخذ بقاعدة الذرائع كقاعدة مطردة، وأثبتنا بطلان دعوى ابن القيم رفض الشافعى لهذه القاعدة . ودعوى القرافى أنه يأخذ بها فى بعض الفروع دون بعض .

١١ — أثبتنا أن المصلحة التى لا تشهد النصوص الشرعية لنوعها ولا لجنسها بالاعتبار مصلحة مردودة باتفاق ، ونبهنا إلى أن هذه المصلحة ترادف الاستحسان الذى أنكره الشافعى وشدد النكير على القائلين به ، وهى المصلحة الغريبة التى حكى الغزالى والشاطبى الإجماع على عدم الأخذ بها .

وقلنا إن المصلحة التى يقول بها الطوفى لا تختلف عن هذا النوع من المصالح المردودة إلا فى أن الطوفى يقدمها على النص والإجماع

١٢ — أثبتنا أن الأحناف يشاركون الجمهور فى جواز التعرف على المصلحة التى قصد بالنص تحصيلها ، بطريق الاجتهاد إذا لم يدل النص على هذه المصلحة . وناقشنا كتاب الأصول الذين يقعدون لفقه أبى حنيفة ويقولون باشتراط النص أو الإجماع فى اعتبار العلل والمصالح ، وقدمنا من فقه أبى حنيفة مايدل على أنه لا يشترط التأثير بالمعنى السابق فى كل مصلحة يفرع على أساسها .

١٣ — أثبتنا أن من حكى عدم القول بالمصالح المرسلة عن بعض المجتهدين ، فالمصالح الغريبة التى لا تدخل تحت الأصول الشرعية عنى ، وليس المصالح الملائمة التى تشهد لها النصوص فى الجملة . وبذلك يمكن التوفيق بين ما انتهينا إليه من اعتماد المجتهدين جميعاً على المصالح المرسلة ، كما يؤخذ من الفروع التى رويت عنهم ، أو الفتاوى التى نسبت إليهم ، وبين تصريح بعض كتاب الأصول بأن بعض المجتهدين يعتمد على المصالح المرسلة دون البعض الآخر . بل وبين قول بعض الأصوليين أن أماماً من الأئمة يأخذ بالمصالح المرسلة ، مع تأكيد البعض الآخر بأن هذا الإمام يرفض القول بها.

وأنهى بحثى هذا كما بدأته بحمد الله تعالى ، وأسأله أن يوفقنى دائماً إلى الصواب ، وأن يختم حياتى بصالح العمل . إنه سميع الدعاء .

المراجع

التفسير :

* الجامع لأحكام القرآن — (القرطبي) أبو عبد الله محمد بن أحمد — دار الكتب المصرية

* تفسير ابن كثير — (ابن كثير) عماد الدين اسماعيل — المنار

* مفاتيح الغيب — (الرازى) محمد فخر الدين — الخيرية

* البحر المحيط — (أبو حيان) محمد بن يوسف الأندلسى — السعادة

* أحكام القرآن — (ابن العربى) أبو بكر محمد بن عبد الله — دار إحياء الكتب العربية

* أحكام القرآن — (الجصاص) أبو بكر أحمد بن على الرازى — البهية

* مجمع البيان — (الطبرسى) أبو على الفضل بن الحسن — الإسلامية بطهران

* فتح البيان — (القنوجى) صديق بن حسن البخارى — الأميرية

* جامع البيان — (الطبرى) أبو جعفر محمد بن جرير — دار المعارف

الحديث :

* المنتقى شرح موطأ مالك — (الباجى) أبو الوليد سليمان بن خلف — السعادة

* نيل الأوطار — (الشوكانى) محمد بن على — إدارة الطباعة المنيرية

* شرح النووى على صحيح مسلم — (النووى) يحيى بن شرف — المصرية

* عمدة القارى بشرح البخارى — (العينى) بدر الدين محمود بن أحمد — المنيرية

* الزرقانى على موطأ مالك — (الزرقانى) محمد بن محمد عبد الباقى — الكستيليه

أصول الفقه :

* الرسالة — (الشافعى) محمد بن إدريس — الحلبى
* شرح جمع الجوامع — (المحلى) شمس الدين محمد بن أحمد — الخيرية
* حاشية البنانى على جمع الجوامع - (البنانى) عبد الرحمن بن جاد الله - الخيرية
* شرح مختصر بن الحاجب - (العضد) عبد الرحمن بن أحمد الإيجى — الأميرية
* حاشية السعد على بن الحاجب — (السعد) سعد الدين التفتازانى - الأميرية
* نهاية السول شرح منهاج الوصول - (الأسنوى) جمال الدين بن عبدالرحيم - السلفية
* سلم الوصول لشرح نهاية السول — (المطيعى) محمد بخيت — السلفية
* فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت — (عبد العلى) محمد بن نظام الدين الأنصارى — الأميرية
* المستصفى — (الغزالى) أبو محمد محمد بن محمد — الأميرية
* شفاء الغليل فى مسالك التعليل - (الغزالى) أبو محمد محمد بن محمد — مخطوط بمكتبة الأزهر
* المنخول - (الغزالى) أبو محمد محمد بن محمد - مخطوط بمكتبة الأزهر
* البرهان — (الجوينى) إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله — مخطوط بدار الكتب
* الموافقات — (الشاطبى) ابراهيم بن موسى اللخمى -- التجارية
* الإحكام فى أصول الأحكام — (الآمدى) على بن أبى على — المعارف
* التقرير والتحبير — (ابن أمير الحاج) محمد — الأميرية
* التحرير — (ابن الهمام) كمال الدين محمد بن عبد الواحد — الأميرية
* تنقيح الفصول — (القرافى) أحمد بن إدريس — الخيرية

* إرشاد الفحول — (الشوكانى) محمد بن على — الحلبى

* التلويح على التوضيح — (التفتازانى) سعد الدين — صبيح

* الاعتصام - (الشاطبى) ابراهيم بن موسى اللخمى — التجارية

* الإحكام فى أصول الأحكام — (ابن حزم) أبو محمد على بن حزم الظاهرى السعادة

* المصلحة فى التشريع الاسلامى - الدكتور مصطفى زيد — دار الفكر العربى

* تعليل الأحكام - الأستاذ الشيخ مصطفى شلبى - الأزهر

* ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية — محمد سعيد رمضان البوطى رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بجامعة الأزهر

* شرح الأربعين النووية — (الطوفى) سليمان بن عبد القوى ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى

* أصول التشريع الإسلامى - على حسب الله - دار المعارف

الفقه :

فقه المذاهب :

* الأم — (الشافعى) محمد بن إدريس — الأميرية

* المجموع شرح المهذب - (النووى) يحيى بن شرف - إدارة الطباعة المنيرية

* شرح المنهاج - (المحلى) شمس الدين محمد بن أحمد - صبيح

* حاشية قليوبى وعميرة - الشيخ شمس الدين القليوبى والشيخ عميرة - صبيح

* المدونة الكبرى — مالك — السعادة

* الشرح الكبير - (الدردير) أبو البركات - التجارية

* حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ (الدسوقى) شمس الدين محمد عرفة ـ التجارية

* المقدمات الممهدات ـ (ابن رشد) أبو الوليد محمد بن أحمد ـ السعادة

* حاشية العدوى على كفاية الطالب الربانى ـ (العدوى) على الصعيدى ـ الحلبى

* بداية المجتهد ـ (ابن رشد) محمد بن أحمد الحفيد ـ صبيح

* فتح الجليل بشرح مختصر خليل ـ (الخرشى) محمد بن عبد الله ـ بولاق

* شرح الحطاب على مواهب الجليل ـ الحطاب ـ السعادة

* لباب اللباب ـ (ابن رشد) محمد بن عبد الله ـ التونسية

* الفروع ـ أبو عبد الله محمد ـ القاهرة

* المغنى ـ (ابن قدامة) أبو الفرج عبد الرحمن ـ المنار

* بدائع الصنائع ـ (الكاسانى) ـ شركة المطبوعات العلمية

* المبسوط ـ (السرخسى) ـ السعادة

* حاشية رد المحتار على الدر المختار ـ ابن عابدين ـ الأميرية

الفقه العام :

* الأشباه والنظائر ـ (السيوطى) عبد الرحمن بن أبى بكر ـ التجارية

* الأشباه والنظائر ـ (ابن نجيم) زين العابدين ابراهيم ـ دار الطباعة العامرة بتركيا

* الفروق ـ (القرافى) أبو العباس أحمد بن دريس ـ دار إحياء الكتب العربية

* الأحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام (القرافى) أبو العباس أحمد بن إدريس ـ الأنوار

* قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ـ (ابن عبد السلام) محمد عز الدين عبد العزيز — الاستقامة

* تخريج الفروع على الأصول ـ (الزنجانى) محمود بن أحمد ـ جامعة دمشق

* أعلام الموقعين ـ (ابن قيم الجوزية) محمد بن أبى بكر ـ التجارية

* الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ـ (ابن قيم الجوزية) محمد بن أبى بكر — الآداب

* مقاصد الشريعة الإسلامية ـ الشيخ محمد طاهر بن عاشور ـ تونس

* مالك ـ الأستاذ الشيخ أبو زهرة ـ دار الفكر العربى

* ابن حنبل ـ » » » » » » »

* أبو حنيفة ـ » » » » » » »

* الشافعى ـ » » » » » » »

* القواعد ـ (ابن رجب) الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن ـ الخانجى

* مجمع الضمانات — (البغدادى) أبو محمد بن غانم بن محمد ـ الخيرية

* التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ـ الدكتور محمد وحيد الدين سوار ـ دار الكتاب العربى

* مجموعة الرسائل والمسائل ـ ابن تيمية ـ المنار

* مفتاح دار السعادة ـ ابن قيم الجوزية ـ مصر

المعاجم :

* القاموس المحيط — (الفيروز أبادى) مجد الدين محمد بن يعقوب — العامرية .

* أساس البلاغة — (الزمخشرى) أبو القاسم محمود بن عمر .
دار الكتب المصرية

* تاج العروس شرح القاموس ، محب الدين أو الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدى

* أقرب الموارد ـ سعيد الخورى الشرتونى اللبنانى ـ اليسوعية ببيروت

* مختار الصحاح ـ محمد بن أبى بكر بن عبد القادر — الأميرية .

* المنجد ـ لويس معلوف اليسوعى — الكاثوليكية ببيروت

* المعجم الوسيط — مجمع اللغة العربية ـ مصر .

فهرس

الصفحة

مقدمة :

تمهيد ١
أولا : التعريف بالمصلحة ٣
١ — المصلحة فى اللغة ٣
٢ — المصلحة فى الشرع ٥
ثانياً : تقسيمات المصلحة ١٥
١ — من حيث اعتبار الشارع ١٥
٢ — من حيث قوتها فى ذاتها ٢٣
٣ — من حيث العموم والخصوص ٣٣
٤ — من حيث الثبات والتغير ٣٦

الباب الأول

نظرية المصلحة فى الفقه المالكى ٤٧

الفصل الأول

المصلحة المرسلة ٥٠

المبحث الأول : تحديدها ٥١
الفرع الأول : الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الموافقات ٥٤
الفرع الثانى : الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الاعتصام ٦١
المبحث الثانى : تطبيقات على المصلحة المرسلة ٦٨
الفرع الأول : إجراء الاستدلال المرسل على بعض الفروع ٧٠

الصفحة

الفرع الثانى : نتائج دراسة هذه التطبيقات ٩٥
المبحث الثالث : علاقة المصلحة بالنص الشرعى ١٠٧
تمهيد وتقسيم : ١٠٧
الفرع الأول : رد شبه من نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة
على النص ١٠٨
الفتوى الأولى : عدم وجوب الإرضاع على الشريفة ١١٦
الفتوى الثانية : تضمين الصناع ١٢٧
الفتوى الثالثة : قبول شهادة الصبيان فى الجراح ١٣٨
الفتوى الرابعة : عدة من تباعدت حيضتها ١٤٦
الفتوى الخامسة : قتل الزنديق المتستر ١٥٦
الفتوى السادسة : سجن المتهم وضربه ٢٦٣
أولا : نسبة هذه الفتوى إلى مالك ١٦٤
ثانياً : هل هذه الفتوى تعارض النص ١٦٨
الفتوى السابعة والثامنة : جواز التسعير وتلقى الركبان ١٧٣
الفتوى التاسعة والعاشرة: الأكل من الغنيمة وقطع نبات الحرم ١٨١
الفرع الثانى : رد شبه من زعم أن مالكا يترك خبر الواحد
بالمصلحة ١٨٣

الفصل الثانى

أصل اعتبار المـآل ١٩٣

المبحث الأول : مضمون الأصل وأدلة اعتباره ١٩٣
الفرع الأول : مضمون أصل اعتبار المـآل ١٩٣
الفرع الثانى . أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل ١٩٧
المبحث الثانى : أهم تطبيقات أصل اعتبار المـآل ١٩٩

الفرع الأول : قاعدة الذرائع ٢٠٠
المطلب الأول : التعريف بقاعدة الذرائع ٢٠٠
أولا : تعريف التذرع الممنوع ٢٠٠
ثانياً : خلاصة هذه التعريفات وقيود التذرع الممنوع ٢٠٢
المطلب الثانى — أدلة اعتبار الشارع لقاعدة الذرائع ٢١٩
أولا : النصوص الدالة على سد الذرائع ٢٢٠
ثانياً : إشكال القرافى ورده ٢٢٤
المطلب الثالث — تطبيقات قاعدة الذرائع ٢٢٧
الفرع الثانى : قاعدة الاستحسان ٢٤٢
المطلب الأول — التعريف بالاستحسان ٢٤٢
المطلب الثانى — دليل قاعدة الاستحسان ٢٥٤
المطلب الثالث — علاقة الاستحسان بالنص والمصلحة المرسلة ٢٥٨
الفرع الثالث : قاعدة منع التحيل ٢٦٨
المطلب الأول — تعريف التحيل ٢٦٩
المطلب الثانى — الأدلة على قصد الشارع لمنع التحيل ٢٧٨
المطلب الثالث — حكم التحيل ٢٨٨
الفرع الرابع : بعض تطبيقات أخرى لأصل اعتبار المآل ٢٩٨

الباب الثانى

نظرية المصلحة فى الفقه الشافعى ٣٠٧

الفصل الأول

المصلحة فى الفقه الشافعى رضى الله عنه ٣١٠
المبحث الأول : الاستدلال المرسل فى فقه الشافعى رضى الله عنه ٣١٠
الفرع الأول : إثبات أن القياس عند الشافعى يشمل
المصلحة المرسلة ٣١١

المطلب الأول — أصول الاستدلال عند الشافعى ٣١١
المطلب الثانى — معنى القياس عند الشافعى ٣١٦
المطلب الثالث — بيان وجه دخول المصلحة المرسلة فى معنى
القياس ٣٢٢
الفرع الثانى : أدلة اعتبار الشافعى للاستدلال المرسل ٣٢٦
المطلب الأول — إدخال كتاب الأصول الشافعية الوصف
الذى شهد الشرع لجنسه فى المصلحة المعتبرة
الداخلة فى باب القياس ٣٢٨
المطلب الثانى — كتاب الأصول الأحناف يحكون عن الشافعى
القول بملائم المرسل ٣٣٤
المطلب الثالث — كتاب الأصول المالكية يصرحون باعتماد
الشافعى الاستدلال المرسل ٣٣٦
المطلب الرابع — الشوكانى ينسب إلى الشافعى الأخذ بالصالح
الملائمة ٣٤١
المطلب الخامس — الزنجانى ينسب إلى الشافعى التمسك بالمصالح
المستندة إلى كلى الشرع ٣٤٤
المطلب السادس — أخذ الشافعى بالقياس فى الأسباب ينفى
القول بالمصالح المرسلة ٣٤٨
المطلب السابع — إمام الحرمين ينسب إلى الشافعى الأخذ
بالمصالح الشبيهة بالمعتبرة ٣٥٣
المطلب الثامن — الشافعى يستدل بالمصالح المستندة إلى كلى
الشرع فى استنباط القواعد الأصولية ... ٣٥٨
الفرع الثالث : علاقة المصلحة بالنصوص عند الشافعى ٣٧٠
الفرع الرابع : عدم دخول المصلحة المرسلة تحت الاستحسان الذى
رده الشافعى ٣٧٤
المطلب الأول — معنى الاستحسان فى نظر الشافعى ٣٧٤
المطلب الثانى — الأدلة التى ساقها الشافعى على بطلان الاستحسان ٣٧٧

صفحة

المطلب الثالث — بيان عدم شمول الاستحسان — كما عرفه الشافعى — المصلحة المرسلة ٣٨٤

المطلب الرابع — علاقة الاستحسان الذى أبطله الشافعى بالاستحسان فى مذهب مالك ٣٨٨

المبحث الثانى : موقف الشافعى من قاعدة الذرائع ٣٨٩

الفرع الأول — الدليل على أخذ الشافعى بقاعدة الذرائع ٣٩١

أولا — نص الشافعى على اعتبار القاعدة ٣٩٢

ثانياً — رأى شيوخ الشافعية فى القاعدة... ... ... ٣٩٥

الفرع الثانى : رد شبه الذاهبين إلى أن الشافعى لا يسد الذرائع ٤٠٠

أولا — رأى ابن القيم ٤٠١

ثانياً — رأى القرافى ٤٠٦

ثالثاً — رأى الشاطبي ٤٠٩

الفرع الثالث : تطبيقات من الفقه الشافعى على قاعدة الذرائع ٤١٤

الفصل الثانى

نظرية المصلحة عند الغزالى ٤٢٤

المبحث الأول مضمون نظرية الغزالى فى المصلحة ٤٢٤

المبحث الثانى : الاطوار التى مرت بها النظرية ٤٣١

الفرع الأول : عرض ما كتبه الغزالى عن المصلحة فى كتبه الثلاثة الأصولية ٤٣٥

المطلب الأول — الاستدلال المرسل كما يؤخذ من المنخول ٤٣٥

المطلب الثانى — الاستدلال المرسل كما يؤخذ من شفاء العليل ٤٤٢

المطلب الثالث — الاستدلال المرسل كما يؤخذ من المستصفى ٤٤٦

الفرع الثانى : نتائج دراسة المصلحة من كتب الغزالى الثلاثة ٤٥١

صفحة

الباب الثالث

نظرية المصلحة فى الفقه الحنبلى ٤٦٦

الفصل الأول

المصلحة فى فقه أحمد بن حنبل ٤٦٧
المبحث الأول : المصلحة المرسلة فى فقه أحمد ٤٦٧
الفرع الأول : إثبات اعتماد أحمد بن حنبل على المصالح المرسلة فى الاستنباط ٤٦٨
المطلب الأول — إثبات أخذ أحمد بالمصالح المرسلة ٤٧٥
المطلب الثانى — رد شبهتين على أخذ أحمد بالمصالح المرسلة ٤٧٤
الفرع الثانى : تطبيقات من الفقه الحنبلى على المصلحة المرسلة ٤٨٥
المبحث الثانى : سد الذرائع والمنع من التحيل ٥٠٩
الفرع الأول : مضمون قاعدة الذرائع ٥١٠
الفرع الثانى : أقسام الذرائع ٥١٤
الفرع الثالث : استدلال الحنابلة على قاعدة الذرائع ٥٢٢

الفصل الثانى

نظرية الطوفى فى المصلحة ٥٢٥
المبحث الأول : مضمون نظرية الطوفى ٥٣٥
الفرع الأول : الأسس التى قامت عليها النظرية ٥٣٥
الفرع الثانى : أدلة النظرية ٥٤٣
المطلب الأول — الأدلة على حجية المصلحة ٥٤٣
المطلب الثانى — أدلة الطوفى على تقديم المصلحة على النص والإجماع ٥٤٦
المبحث الثانى : مناقشة نظرية الطوفى ٥٤٧
الفرع الأول : مناقشة أدلة حجية المصلحة ٥٤٨

الفرع الثانى : مناقشة أدلة تقديم المصلحة على النص والإجماع ٥٥٢

الباب الرابع

نظرية المصلحة فى الفقه الحنفى ٥٦٩

الفصل الأول

المصلحة المرسلة ٩٧٠
المبحث الأول تعريف التأثير الذى يشترطه الحنفية فى العلل ٥٧٠
المبحث الثانى : بيان أن المرسل الملائم مناسب توافر فيه شرط
التأثير ٥٧٣
المبحث الثالث : تكييف الاستدلال بملائم المرسل عند كتاب
الأصول الأحناف ٥٧٩

الفصل الثانى

الاستحسان الحنفى ٥٨٥
المبحث الأول : تعريف الاستحسان ٥٨٦
المبحث الثانى : أقسام الاستحسان ٥٨٩
المبحث الثالث : بيان وجه رجوع الاستحسان إلى الأدلة الشرعية ٥٩٧

الفصل الثالث

موقف الأحناف من الإخالة ٦٠٠
خاتمة ٦٠٧
المراجع ٦١٠
الفهرس ٦١٦

رقم الإيداع بدار الكتب ٦٤٣٨ / ١٩٧٠

المطبعة العالمية ١٦ ، ١٧ ش ضريح سعد بالقاهرة